مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

السنة التاسعة (١٩٥٩ - ١٩٦٠)
العددان الثالث والرابع

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦١

لجنة التحرير

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة التاسعة (١٩٥٩ – ١٩٦٠)

العددان الثالث والرابع

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦١

فهرس

صفحة

الاتجاه الحديث

فى نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية

للدكتور رمسيس بهنام

أستاذ القانون الجنائى المساعد بكلية الحقوق

من أهم خصائص القانون الجنائى العصرى ، اتجاه نظره فى الجريمة الى شخص فاعلها بعد أن كان هذا النظر محصوراً فى مادة فعلها .

ففى عهد الرومان ، تمخض التنظيم القانونى عن قانون جنائى خاص ، يضع زمام الدعوى عن الجريمة فى يد المجنى عليه كى يحركها هذا بغية تعويض ما أنزلته به الجريمة من ضرر . وكان ذلك التعويض ينطوى على معنى الجزاء الجنائى من ناحية أنه كان يتحدد لا بقيمة الضرر ، وانما بأكثر من هذه القيمة أو بضعفها أو بأكثر من ضعفها .

ذلك ما كان مقرراً فى ثلاث جرائم معروفة بالجرائم الخصوصية **delicta privata** ، وهى السرقة **furtum** والسرقة باكراه **vi bonorum raptorum** والاتلاف **damnum iniuria datum** (1).

ففى السرقة كان الجزاء ضعف قيمة المال المسروق ، وأربعة أمثالها فى حالة الانكار .

وفى السرقة باكراه كان الجزاء أربعة امثال قيمة المسروق.

وفى الاتلاف ، كان الجزاء فى حالة إعدام عبد أو حيوان ذى أربع مما يعيش فى قطيع ، دفع أعلى قيمة بلغها العبد أو الحيوان فى السنة الأخيرة.

---

(1) يرجع فى تفصيلات ذلك الى مؤلف الأستاذ الدكتور عمر ممدوح " القانون الرومانى " — ١٩٥٤ ص ١٣ وما بعدها ، من الجزء الثانى .

فان كانت الواقعة إتلافا لا يصل الى حد الاعدام أو كان موضوع الإتلاف جمادا أو حيوانا من غير النوع المذكور ، كان الجزاء دفع أعلى قيمة بلغها سعر العبد أو الحيوان أو الشيء فى الشهر الأخير (١) .

وكانت توجد جريمة رابعة من الجرائم الخصوصية هي جريمة الاعتداء على الأشخاص iniuria . وقد قرر قانون الألواح الإثنى عشر لهذه الجريمة فى حالة فصل أو تعطيل عضو membrum ruptum ، جزاء القصاص ، ما لم يتفق الطرفان على دية . فان تمثلت الاصابة فى كسر احدى عظام الجسم os fractum ، كان الجزاء المقرر لها فى ذلك القانون دية اجبارية مقدارها ٣٠٠ آس اذا كان المصاب حراً ، ١٥٠ آس إذا كان عبداً . فان لم تبلغ الإصابة حد ما تقدم ، فقد كان جزاؤها دفع دية اجبارية مقدارها ٢٥ آس(٢).

تلك اجزية تؤكد النزعة القانونية البدائية الى العناية بمادة الفعل فى ذاته دون كبير التفات الى شخص الفاعل .

ومما يؤكد وجود هذه النزعة فى القانون الرومانى مع أنه مبزغ الفجر فى الحضارة القانونية ، ذلك النظام المعروف فيه بتسليم الجانى إلى المجنى عليه كي يصنع به هذا الأخير مايشاء noxae deditio (٣).

ومعنى هذا النظام أنه كلما كان الجانى عبداً أو ابناً من ابناء الأسرة ، كانت الدعوى ترفع على سيد العبد أو على رب الأسرة ليخير بين أن يفى بالعقوبة المالية أو أن يسلم العبد أو الابن مصدر الجرم الى المجنى عليه ليكون تحت رحمة هذا الأخير .

ذلك ما كان معمولا به فى السرقة والسرقة باكراه والإتلاف ، وأما فى الاصابة فقد كان من المتعين كذلك — على ما رأينا — القصاص فى حالة فصل أو تعطيل عضو ، مالم يتفق على دية ، والخضوع لعقوبة مالية فى حالة كسر

---

(١) Arangio Ruiz "Istituzioni di Diritto Romano-Napoli 1943 - p. 368-372

(٢) أرانجيو رويز — المرجع السابق ص ٣٧٢

(٣) يرجع فى شرح هذا النظام الى مؤلف الأستاذ الدكتور عمر ممدوح مصطفى السالف ذكره ص ٤٩ وما بعدها .

العظم أو أية اصابة أخف ، فان كان الجانى فى الحالة الأخيرة عبداً أو ابنا خاضعا لسيادة رب أسرته ، كان من الواجب تسليمه الى المجنى عليه إن لم يسدد السيد أو ربّ الأسرة العقوبة المالية الواجبة [1] .

وبالاضافة الى نظام تسليم الجانى الى المجنى عليه ، كانت تؤكد النزعة نفسها فى القانون الرومانى ، دعوى كانت ترفع على صاحب الحيوان الأليف actio de pauperie اذا ما كان حيوانه قد الحق بالغير ضرراً . فكان المضرور من الحيوان يطلب فى الدعوى الى صاحب الحيوان اذا لم يشأ هذا الوفاء بالتعويض ، أن يسلمه الحيوان مصدر الضرر . ولم يكن ذلك سوى الأثر التاريخى لعهد غابر كان الانتقام فيه ينصب حتّى على الحيوان ، اذا ما حدث منه ايذاء ما [2] .

بل يتحدث الشراح عن نص ورد فى مدونة جستنيان قائلين انه من النصوص المدخولة أى المنسوبة زورا الى القانون الرومانى الجمهورى ، ومفاد هذا النص ، أنه اذا كان عابر سبيل يصاب لسقوط لبنة عليه من البناء الذى كان يمر بجواره ، كان يرفع على صاحب البناء دعوى ليطلب اليه اما التعويض واما أن يسلمه البناء [3] .

ويقرر بحق الشارح الألمانى الكبير يبرنج ان تلك الأنظمة القانونية الرومانية كانت دليلا على سيطرة روح الانتقام الأعمى حتّى على قواعد القانون ، إذ كان هدف هذه القواعد — فى ذلك الحين — هو مواجهة الفعل برد فعل من نفس مادته [4] . فقد كان يقابل الضرر ايا كان مصدره بضرر أشد ، ولو كان مصدر الضرر حيوانا غير عاقل ، وكانت عناية القانون منصبة كلها على مادة الفعل وعلى أثره المادى وضرره الواقعى ، دون التفات الى الفاعل.

---

(١) أرانجيو رويز — المرجع السابق ص ٣٦٥

(٢) أرانجيو رويز — المرجع السابق ص ٣٦٦

(٣) Branca, "Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano" 1937, p. 385-538.

(٤) Jhering, "Esprit bu Droit Romain", 1886, p . I32-138-176.

فاذا أضفنا الى نزعة الانتقام حتى من الحيوان ، نزعة الانتقام حتى من البناء كجماد ، حق لنا ان نشبه الانسانية فى حداثتها بالانسان فى طفولته ، وأن نقول ان شأنها كان شأن الطفل ينزلق على الأرض فيطرقها بقدميه أو يصطدم بمنضدة فيركلها برجله .

وكانت روح الانتقام الأعمى بادية فى القانون الجنائى الرومانى ، لافى مجال الجرائم الخصوصية وحدها ، وانما فى مجال الجرائم العمومية كذلك ، crimina ، أى الجرائم التى كان زمام الدعوى عنها فى يد السلطة العامة .

فقانون الألواح الاثنى عشر مثلا ، قرر لجريمة التعاويذ السحرية بقصد اثارة القوى الخفية لايذاء الاشخاص أو الاشياء ، عقوبة النبذ sacertà ، وهى اعتبار الجانى محروما من حماية القانون [١] .

كما ظلت الروح نفسها سائدة القانون الجنائى الجمهورى ، اذ صدر مثلا قانون لمحرمى القتل والتسميم Lex cornelia de sicariis et veneficiis ، يقرر لقطع الطريق عقوبة الحرمان من الماء والنار aqua et igni interdictio.

واستمرت العقوبات متسمة بالقسوة والغلظة ، مبنية على مادة الفعل دون التفات الى شخص الفاعل ، حتى فى قوانين العصور الوسطى .

ولم يتجه النظر الى مرتكب الجريمة لدراسة شخصه والوقوف على الأسباب التى صار من أجلها مصدر اجرام ، إلا بفضل أئمة الفكر الايطالى فى عصر النهضة ، بين القرنين الثامن عشر والتاسع عشر .

فقد هب العالم Enrico Ferri مؤسس المدرسة الوضعية Scuola positiva يقرر بشدة وحماس دافق ، واقتناع ذاتى راسخ ، وشعور فياض ، أن المجرم مسير لا مخير ، وأن جريمته كان من المحتم أن يقع مثلها من شخص يمثل طباعه وفى مثل ظروفه ، وأنها النتيجة التى لا مفر من تحققها حين تتوافر لها مقدماتها وان الاحصاء الجنائى لشعب ما ، لا محيص من تسجيله عدداً معيناً من الجرائم لا بد من أن يقع متى توافرت ظروف معينة ، طبيعية بيئية ، أو شخصية فردية ، أو روحية اجتماعية ، حتى أن وجود مقدار معين من ظروف طبيعية

---

(١) E. Costa "Crimini e pene da Romolo a Giustiniano."

معينة أو شخصية معينة أو اجتماعية معينة ، من شأنه أن ينتج عدداً معينا من الجرائم لايرتكب ولا يمكن أن يرتكب أكثر أو أقل منه (١) .

ذلك ما سماه فرّى بقانون الكثافة الجنائى قياسا على قانون الكثافة الطبيعى المعروف فى عالم الكيمياء والذى من مقتضاه أن سائلا معينا على درجة حرارة معينة لا يذيب من مادة صلبة معينة إلا قدرا معينا لا يذوب فى السائل أكثر أو أقل منه .

ولم يقصد فرى من تقريره أن المجرم مسير لا مخير ، الوصول إلى اعتبار الجريمة فعلا مبررا ، والمجرم شخصا بريئا . بل كل ما قصده هو اظهار أن الجريمة فعل ليست للمجرم خطيئة شخصية فيه ، لأن مرده ما طبع عليه المجرم من خصال ذاتية لايد له فى ايجادها بنفسه ، وما أحاط به فى بيئته من ظروف ، مادية كانت هذه الظروف أو اجتماعية .

فليس مؤدى منطقه أن يعفى المجرم من كل مسئولية عن جريمته التى كان مسيرا اليها غير مخير فيها ، وانما أن تقوم مسئوليته عنها على أساس آخر غير ذلك الذى اقيمت عليه فى الفقه التقليدى ، فبدلا من اعتبار هذه المسئولية وسيلة لتحقيق العدالة retribuzione morale تعتبر وسيلة لدفاع المجتمع عن نفسه ضد خطر ان يتكرر وقوع الجريمة سواء من ذات الشخص الذى أجرم أو من شخص آخر غيره .

وبناء على ذلك ، فان النتائج المنطقية التى يبنيها فرى وأتباعه على تلك النظرية التى وضعها ، لاتتعدى الأمور الآتية .

(أولا) الأساس الذى تقوم عليه شرعية الجزاء أو حق الدولة فى توقيع الجزاء على المجرم :

فليس هذا الاساس فى نظر فرى وانصاره تحقيق العدالة بقدر ماهو تحقيق غرض نفعى للمجتمع هو الدفاع الاجتماعى ضد خطر تفشى موجة الاجرام بوقوع جريمة جديدة سواء من ذات فاعل الجريمة أومن آخر قد يحدث منه مثلها .

فتحقيق العدالة يفترض موازنة بين جسامة الخطيئة الشخصية أو الذنب الذاتى للمجرم ، وبين المقابل الجزائى لهذه الخطيئة أو الذنب . وتلك موازنة

---

(١) Enrico Ferri " La teorica dell' imputabilità e la negazione del libero arbitrio" — Firenze 1878 - "Sociologia criminale" - Torino 1929.

لا تجد لها بعد محلا متى استقر أنه لا وجود فى جريمة المجرم لتلك الخطيئة الشخصية أو هذا الذنب الذاتى .

ومن جهة أخرى ، فان العدالة معناها أن يكون الجزاء فى حالة تساو وتوازن تام ، شدة أو ضعفاً ، مع جسامة الخطيئة أو الذنب . وحتى عند التسليم بأن للمجرم نصيباً من الذنب الشخصى فيما فعله ، ولم يكن الذنب فى ذلك لجبلته وخصاله وظروفه ، فان أحداً ما من البشر لا يستطيع أن يحدد شأن ذلك النصيب ومقداره ومداه تحديداً دقيقاً ، حتى يكال للمجرم من الجزاء ما يتناسب على وجه الضبط معه .

فاللص اذ يسرق لأنه مدفوع الى ذلك بالفاقة ، ولأنه مفتقر الى فضيلة الأمانة التى لم يتح له منذ حداثته المربى الذى يزوده بها ، إنما يرجع الذنب فى سرقته الى هذين الظرفين أو الى غيرهما معهما ، ومهما سلمنا بوجود ذنب شخصى له فيما أتاه ، فان من المستحيل أن يتحدد بالضبط قدر هذا الذنب كى يقاس بمقداره قدر الجزاء . واذ يحكم عليه بالحبس ثلاثة شهور مثلا ، لا يستبعد مع ذلك أن تكون العقوبة المتناسبة مع نصيبه من الذنب الشخصى بالقياس إلى ذنب الظروف ، أكثر أو اقل من ذلك القدر .

يعزز ذلك أن العدالة المطلقة المحققة للتوازن التام بين جسامة الخطيئة الشخصية للجانى وجسامة الجزاء المستحق عليه ، يعتبر تحقيقها أمراً علويا ربانيا خارجا عن مقدور قاض من البشر .

وما دام الأمر كذلك ، فان الأجدى هو التسليم مع النظرية الوضعية الواقعية بأن أساس الجزاء الجنائى ليس تحقيق العدالة بقدرما هو تحقيق غرض نفعى للمجتمع هو الدفاع الاجتماعى ضد الاجرام وتفادى ما عساه يطرأ على عدد الجرائم من ازدياد لو لم يكن الجزاء مقرراً موقعا .

(ثانياً) إحلال المسئولية القانونية responsabilità giuridica محل المسئولية الأدبية responsabilità morale :

فما دام المجرم مسيرا غير مخير ، فليس له فى جريمته خطيئة شخصية لأن الذنب فيها ذنب ظروفه ، وذلك حتى اذا كان عاقلاً راشدا .

وعلى الرغم من انتفاء خطيئته الذاتية ومن كون فعله وليد التفاعل بين الظروف التى كان من شأنها أن تنتجه ، فانه مسئول . ولكن من العبث أن تسمى مسئوليته بالمسئولية الأدبية ، لأنه ليس مبناها ذنبا شخصيا ، والأصوب أن تسمى بالمسئولية القانونية .

ومعنى المسئولية القانونية أن كل شخص بدرت منه جريمة ، يجب أن يتخذ معه التدبير الكفيل بألا يقع فى الجريمة مرة أخرى .

وبعدئذ يستوى أن يكون ذلك الشخص مجنونا أو عاقلا ، غير مميز أو مميزا . فعلى أى الحالين يتعين تأمين المجتمع خطر ارتكابه لجريمة من جديد.

هذا التدبير المانع من جعل الشخص مصدر اجرام جديد ، ما دام من الواجب اتخاذه أيا كان نوع هذا الشخص من بين الأشخاص ، واستقلالا عما اذا كان الشخص مزودا بالتمييز والارادة الحرة أو غير مزود بهما ، هو الذى جعل المسئولية الجنائية التى اتخذت منه أداتها ، مسئولية قانونية لامسئولية أدبية .

وبناء على ذلك ، لا يصبح بعد أى محل للكلام عما يسمى بموانع المسئولية الجنائية . فكل انسان ولو كان صبيا غير مميز أو كان مجنونا ، مسئول عن جريمته بمعنى وجوب خضوعه لتدبير كفيل بان يجنب المجتمع وقوع جريمة أخرى منه . وليس اخضاعه لهذا التدبير قهرا سوى صورة من صور المسؤولية باعتبار ان القهر هو الجوهر المميز لها . ولا ينفى معنى المسئولية فى التدبير ألا يكون التدبير عقابا فى صورة حبس أو سجن وانما ايداعا للصبى فى إصلاحية أو للمجنون فى مستشفى للأمراض العقلية .

(ثالثا) العناية بالوقاية وتفريد العلاج :

فمتى كانت الجريمة ثمرة طبيعية للتفاعل بين ظروف معينة مادية وشخصية واجتماعية ، فان الوسيلة الناجعة لتخليص المجتمع من أذاها هى الضرب

على هذه الظروف المهيئة لها والقضاء عليها قدر المستطاع ، وبذا تتحقق الوقاية من الجريمة ، أى تتفادى قبل أن تقع .

فمن قبيل تلك الظروف المهيئة ، الفقر ، والجهل ، والمرض ، وعدم التربية منذ الحداثة ، وما يسود الناس من معتقدات اجتماعية ميسرة للاجرام كعقيدة الأخذ بالثأر مثلا .

وبذا تجدى الوقاية أكثر من العلاج .

أما عن العلاج ، وهو التدبير الذى يتخذ حالة وقوع جريمة بالفعل ، فلا يصح أن يكون واحدا غير متغير بتغير المجرمين .

وليس مجديا أن يزج بالمجرمين الواحد تلو الآخر فى سجن معين وان يخضعوا لنظام معين على ذات النحو وذات الوتيرة .

وانما يلزم أن تعالج فى كل منهم شخصيته حسب المواطن التى جعلت منها مصدراً للاجرام ، الأمر الذى يقتضى دراسة شاملة للمجرم نفسا وجسدا وظروفا .

وهذا ما يعبر عنه بالتفريد ، أى إفراد معاملة خاصة لكل مجرم حسب حالته الخاصة .

والتفريد يتطلب تنويعا للمعاملة لا على أساس التفرقة بين العقلاء وبين المجانين ،أو بين الأحداث وبين الراشدين فحسب ، وانما كذلك على حسب نوع المجرم نفسه من بين أنواع الناس حتى اذا كان مندرجا فى فئة العقلاء الراشدين .

فهناك نفوس قابلة لأن تتطهر من شوائب الفساد فيها بفعل الألم ، فيتخذ مع أصحابها تدبير يغلب فيه الإيلام وهو العقوبة بمعناها العادى القديم .

ولكن هناك نفوسا غير قابلة للانصلاح بالألم ، كنفوس المجانين والاحداث الصغار ، فيتخذ مع أصحابها تدبير يغلب فيه العلاج ، هو الايداع فى المستشفى بالنسبة للمجنون ، والتقويم والتهذيب بالنسبة للحدث . ذلك لأنه مع هؤلاء لا يجدى الايلام فى تجنيبهم الوقوع من جديد فيما ارتكبوه من اجرام .

بل انه حتى بالنسبة للعقلاء الراشدين ، كثيرا ما يوجد من بينهم نوع ألف العقوبة واستمرأ ألمها واعتاد عليه حتى صار غير قابل للتأثر به ، وليس

لجرح بميت ايلام . فمع هذا النوع لا يكون ثمة مانع من الاستغناء عن العقوبة وابدالها بتدبير يغلب فيه العلاج على الايلام .

ذلك هو المصدر الذى انبعث منه فى القانون الجنائى العصرى نوع جديد من التدابير الجنائية ظهر بجوار العقوبة ليؤدى ذات الغرض الذى تهدف اليه العقوبة حيث تكون العقوبة قاصرة عن تحقيقه ، أى غرض الحيلولة بين المجرم وبين أن يكون مصدرا لجريمة جديدة . ونعنى بهذا النوع الجديد التدبير الوقائى أو الاحترازى **misura di sicurezza** . فهو تدبير لا يميزه عن العقوبة سوى أن العلاج فيه غالب على الإيلام .

تلك هى المدرسة الوضعية الإيطالية وذلك هو منطقها . وتعتبر جهودها أقوى محاولة عرفها تاريخ الانسانية كان من شأنها تحويل العناية الى شخص الفاعل بعد أن كانت كلها محصورة فى مادة الفعل [1] .

وممن أطلقوا صيحة فى هذا السبيل كذلك ، العالم الايطالى **Raffaele Garofalo** اذ نادى بضرورة تغليب مقتضيات المنع الخاص **prevenzione speciale** اذا حدث تعارض بينها وبين مقتضيات المنع العام **prevenzione generale** .

فالمقصود بمقتضيات المنع العام الحيلولة بين جمهور الناس عموما وبين أن يجرؤ احد منه على محاكاة الجانى فى فعلته ، الأمر الذى يتطلب بالضرورة غلظة فى العقوبة الموقعة على الجانى قد تصل الى حد ساحق لآدميته كفيل بافزاع الكافة وإرعابهم . هذا هو معنى العمومية فى المنع .

---

(١) ممن سبقوا المدرسة الوضعية فى بذل جهود بهذا السبيل ، العالم الايطالى لومبروزو ، الذى كان أول من تفرس فى آدمية المجرم كإنسان متبعا للمرة الأولى النهج العلمى القائم على المشاهدة والتجربة ، ولاحظ فى أحد المجرمين الذين فحصهم تجويفا فى مؤخر جبهته شبيها بما يوجد فى القرود ، فخلص فى الطبعة الأولى من كتابه الى نعت المجرم بأنه إنسان وحش . أنظر **CESARE LOMBROSO "L'uomo delinquente" Milano, 1876 - Torino 1896 - 97, 1924.**

والمراد بمقتضيات المنع الخاص الحيلولة بين ذات الشخص الذى أجرم وبين أن يعود هو شخصيا إلى الاجرام من جديد ، وهذا هو معنى الخصوصية فى المنع .

فحرصا على آدمية المجرم ، وفى سبيل الانتفاع به فيما يمكن أن يكون صالحا له ، وتحويله الى عضو صالح فى جسم المجتمع وساعد نافع من السواعد البناءة فيه ، لا يُكترث بمقتضيات المنع العام حين تتعارض مع مقتضيات المنع الخاص [1] .

* * *

هذه المامة سريعة بما كان للايطاليين من فضل على علم الجريمة والجزاء . ولا يتسع المجال للكلام عن هذا الفضل تفصيلا وعلى الأخص عن مجاله العصرى الحديث [2] .

وسنرى أن توجيههم الانتباه الى شخص الفاعل بعد أن كان محصورا فى مادة الفعل ، ترددت أصداؤه فى القانون الجنائى نفسه ، سواء فيما تعلق منه بالفعل أو بالفاعل أو بالمسئولية على ما سنرى .

وحسبنا أن نقول منذ الآن ان دراسة الايطاليين للجريمة كحقيقة واقعية ، كان لها أبعد الأثر فى الجريمة كحقيقة قانونية ، وكان تأسيسهم لعلم الاجرام عامل نهوض بالقانون الجنائى قرّب بينه وبين دنيا الواقع ، وجعله ولا يزال جاعلا إياه أفعل فى الغد مما كان عليه فى الأمس .

---

(1) Raffaele Garofalo "Criminologia" — Torino 1891.

(2) يرجع فى ذلك الى مؤلفنا فى علم الإجرام .

(أولا)

فى النظرية العامة للفعل

(١)

فى الجريمة كحقيقة قانونية

المراد بالجريمة كحقيقة قانونية هو مادة فعلها ، أى السلوك الذى يتمثل فيه فعلها ، والموضوع الذى يرد عليه هذا السلوك .

فمن حيث السلوك ، تتمثل الجريمة فى ايقاع ضرر أو تعريض للخطر . ولنا عود الى ذلك حين نتحدث عن الركن المادى للجريمة .

ومن حيث الموضوع الذى يرد عليه السلوك ، يجب أن يكون هذا الموضوع مالا فرديا أو اجتماعيا يتعلق بصيانته حق المجتمع فى الكيان والبقاء أى فى الحياة والوجود .

وتحديد الموضوع الذى يجب أن يدور السلوك حوله كى يعتبر السلوك جريمة فى نظر القانون ، أى تحديد المال الفردى أو الاجتماعى الذى يعتبر الإضرار به أو تعريضه للخطر جريمة ، هو فى حقيقة الأمر القطب العصبى لنظرية التجريم والحكمة التى يستمد منها النص الجنائى وجوده .

فالتجريم معناه الصاق صفة الجريمة بسلوك ما ، بكل ما تستتبعه هذه الصفة من آثار أهمها إيقاع جزاء معين يصيب صاحب هذا السلوك ، فى حياته أو بدنه أو حريته أو ماله أو شرفه واعتباره ، أى الجزاء الجنائى المنصوص عليه فى قانون العقوبات سواء فى صورة اعدام أو أشغال شاقة أو حبس أو سجن أو غرامة أو نشر للحكم بالادانة على صفحات الجرائد ، الى غير ذلك مما نص عليه فى هذا القانون .

ويحق التساؤل عن المال الفردى أو الاجتماعى الذى يلزم أن يلحق به السلوك ضررا أو خطرا ، كى يصبح السلوك جريمة فى نظر القانون ويجر لصاحبه بالتالى جزاءا جنائيا بالمعنى المتقدم .

وقد أجاب على هذا التساؤل عديدون من أئمة الفكر القانونى فى ايطاليا وألمانيا ، لا يتسع المجال هنا لايراد آرائهم (١) . ولذا نكتفى بعرض رأينا الشخصى فى هذا الصدد .

ورأينا الشخصى أن السلوك الانسانى لا يعتبر فى نظر القانون جريمة إلا اذا تمثل فى الحاق الضرر أو خطر الضرر بمال تعتبر صيانته فى نظر المجتمع — ممثلا فى سلطته التشريعية — شرطا جوهريا من شروط كيان المجتمع ووجوده أو ظرفا مكملا لهذا الشرط .

ذلك هو تعريفنا للجريمة كحقيقة قانونية .

وسبق أن حددنا فى موضع آخر المقصود بكلمة « المال » (٢) . فليس المقصود به نقودا أو شيئا ذا قيمة مالية فحسب ، وانما يشتمل معناه على كل قيمة تشبع لفرد أو لجماعة من الأفراد حاجة ما ، مادية كانت هذه الحاجة أو معنوية .

فالعقيدة الدينية مثلا ، تعتبر مالا بهذا المعنى ، لأنها تشبع لفرد أو لجمع من الأفراد حاجة معنوية لا مادية .

وصون سر المهنة ، مال معنوى ، لأنه يشبع للناس حاجة معنوية لا مادية ، هى الحاجة الى صفاء النفس والى الشعور بالطمأنينة كلما اقتضت ضرورة ما البوح بسر الى صاحب مهنة ما من المهن اللازمة فى سبيل أن يستقيم عيش الناس .

---

(١) يرجع فى ذلك الى رسالتنا الأولى بالإيطالية "La tutela penale dei diritti privati di obbligazione." Roma. 1950.

(٢) يرجع فى ذلك الى بحثنا فى مجلة الحقوق (العددين الأول والثانى) من السنة السادسة تحت عنوان « فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للجريمة والعقاب » .

ويستوى فى نظر القانون الجنائى أن تكون الأموال التى يصونها ويعتبر الاضرار بها أو تعريضها للخطر جريمة ، أموالا مادية أو أموالا معنوية .

وكل ما يلزم فى سبيل اعتبار السلوك جريمة والنص على اعتباره كذلك فى التشريع ، أن يكون المال الذى ألحق به السلوك ضررا أو خطرا ، لا من الشروط الاضافية اللازمة لحسن المجتمع وكماله ، وانما من الشروط الجوهرية اللازمة لكيان المجتمع ووجوده أو من الظروف المكملة لهذه الشروط .

فما يتوقف عليه كيان الحياة الاجتماعية ووجودها ، لا حسنها وكمالها فحسب ، أن يكف المرء عن المساس بسلامة جسم أخيه ، أو ازهاق روح غيره ، أو أخذ مال للغير خلسة عن صاحبه ، أو تملك مال ائتمنه الغير عليه بمناسبة ما يتطلبه التعامل من ضرورة ائتمان الانسان لآخر على ماله ، إذ لو تضارب الناس أو تجارحوا أو تقاتلوا أو تسارقوا أو خانوا بعضهم البعض ، لتفرق شملهم وانفض جمعهم ، وانهار الرباط الممسك بتعايشهم معا فى حياة مشتركة ، وتقوض بالتالى كيان حياتهم الاجتماعية ووجودها .

ولكى تكون حماية تلك الشروط الجوهرية اللازمة لكيان المجتمع وبقائه أنفذ وأفعل ، لم يكن بد من أن تمتد الحماية كذلك حتى الى الظروف المكملة لهذه الشروط .

فحق الانسان فى سلامة حياته وبدنه ، تعتبر صيانته شرطاً جوهريا من شروط كيان المجتمع وبقائه لا محض شرط اضافى من شروط الحسن والكمال .

غير أنه فى سبيل أن تكون صيانة الحق المذكور أفعل ، كثيرا ما يتطلب الأمر منع سلوك لا يعتبر ماسا بهذا الحق فى ذاته وانما بظرف يعتبر مكملا له .

فاطلاق عيار نارى فى منطقة آهلة بالسكان ، احتفالا بمناسبة أو بعيد ، لا يعتبر سلوكا ماسا بحق الغير فى الحياة أو فى سلامة البدن ، وانما بظرف مكمل لهذا الحق هو الامتناع عن كافة ما يحتمل أن يهدد ولو من بعيد الحق نفسه .

ولذا اعتبر القانون ذلك السلوك فى ذاته مجردا عن أية نتيجة يمكن أن تترتب عليه ، مكونا لمخالفة (المادة ٢/٣٧٩) .

حقيقة ان المخالفة جريمة غير جسيمة ، ولكنها على كل حال جريمة . ويمكن القول ، بأن الجنايات كلها يعتبر أساس تجريمها المساس بشرط جوهرى من شروط كيان المجتمع ووجوده ، وبأن الحال كذلك فى كثير من الجنح . وأما المساس بظرف مكمل لهذا الشرط الجوهرى فهو عادة أساس التجريم فى المخالفات كلها وفى بعض الجنح .

ورب قائل يعترض على ذلك ، وينسب الى القانون الجنائى أنه مربى الشعب ومؤدبه ، وأنه يصون لا شروط الكيان والوجود وما يكملها من ظروف فحسب ، وانما شروط الحسن والكمال كذلك .

ولكن ردنا على هذا المعترض ، أن تحقيق الحسن والرقى باخلاق الناس الى الكمال ، أمر يفوق طاقة البشر ، وقد رصد له الرسل والأنبياء ،وكان ولا يزال أمرا عسيرا إن لم يكن مستحيلا .

وليست الدولة هى التى تتكفل بهذا الأمر على كل حال ، لأنها اذا سخرت له قانونها الجنائى ، لاستنفدت فى سبيل تطبيق هذا القانون كافة طاقاتها ومواردها ، ولذهبت فى سبيله ميزانية الدولة المالية بأجمعها ، دون وصول مع ذلك الى الهدف المنشود ، ودون عناية مع ذلك بأمور عديدة يتوقف عليها هى الأخرى كيان المجتمع ووجوده أو حسنه وكماله ، غير طريقة التعامل والسلوك بين الناس ، ومن هذه الأمور صون الصحة العامة ضد الأمراض والأوبئة والجراثيم ، وصون كيان المجتمع ضد العدو المغير ، أو ضد قوى الطبيعة فى مظاهر ثورتها كالفيضانات ، الى غير ذلك من مجالات لابد من أن يخصها من القدرة المالية والطاقة العملية للدولة نصيب .

ذلك لأن جهاز القانون الجنائى يكلف الدولة فى عمليات تسييره أعباءاً مالية ضخمة لا يستهان بها ، هى مرتبات الشرطة على اختلاف درجاتهم ،

ورجال التحقيق والحكم أى أعضاء النيابة والقضاة الجنائيين بكافة رتبهم ، وحراس السجون والقائمين على التنفيذ فيها ، ونفقات تشييد السجون ذاتها وتزويدها وتهيئتها لاستقبال نزلائها ، ومصاريف غذاء المسجونين وكسائهم الى غير ذلك من أمور جعلت الأستاذ الايطالى Francesco Antolisei يقرر أن حق الدولة فى انزال العقاب سيف لا مقبض له ينجرح منه الضارب به فضلا عن المضروب (١)

Una spada senza impugnatura in quanto ferisce anche colui che la adopera.

أما القضاء المدنى مثلا أو القضاء الادارى ، فلا يكلف الدولة من النفقات ما يكلفه اياها القضاء الجنائى . وحتى اذا كان الجزاء الجنائى غرامة ، فان أهم مميز لها عن التعويض كجزاء مدنى ، قابليتها للتحول الى عقوبة بدنية فى حالة الاعسار ، ومن ثم يكون استيفاؤها أثقل عبئاً على الدولة من استيفاء التعويض .

لم تجد الدولة بدأ — والأمر كذلك — من تقييد مجال القانون الجنائى وقصره على ما يكون من بين أنواع السلوك بالغاً فى جسامته المادية حد المساس — بضرر أو تعريض للخطر — بشرط جوهرى من شروط كيان المجتمع وبقائه أو بظرف مكمل لهذا الشرط ، تاركة أمر السلوك الماس بشروط الحسن والكمال الى الفروع الأخرى من القانون ، كالقانون المدنى والقانون الادارى أو الى عناية أرباب الأسر والمعلمين والمربين ورجال الدين .

فمن يقترض مبلغاً من النقود ويحجم عن رده الى صاحبه ، ومن يقضى وطره من فتاة راشدة عن طريق اغوائها واغرائها بالزواج دون أن يتزوجها ، لا يعبأ به القانون الجنائى ولا يعتبر الاشتغال بأمره من شؤون النيابة العمومية ، وانما يكترث به ويتولى أمره القانون المدنى .

---

(١) Antolisei "Manuale di diritto penale", parte generale, 1949, p. 87,88.

والعلة فى ذلك ، أن الدائن المقرض أغفل الحيطة الواجبة فى حق نفسه ، بأن وضع ثقته فى غير موضعها ، وأولاها لمن لا يستحقها ، وفرط فى حماية كان فى وسعه أن يوفرها لذاته بمجهوده الشخصى دون حاجة الى حماية القانون الجنائى ، فعليه تقع مغبة ذلك . والفتاة الراشدة — أى المتجاوزة من العمر ثمانى عشرة سنة — كان فى وسعها هى الأخرى أن تتفادى ما حاق بها من ضرر بمحض ارادة منها ، واذ شاءت أن ينزل بها ما حدث لها فلا تلومن الا نفسها ، حتى أنه قيل ان المرأة فاتنة لا مفتونة ، غاوية لا مغوية ، فهى ان أوقعت فى هواها رجلا ، فليس لها بعدئذ أن تجعل منه جانياً عليها ، الأمر الذى يقوم بسببه الشك حتى فيما اذا كان لها الحق فى أن تنال عن اغوائها من ذلك الرجل تعويضاً ، لا سيما والاغواء كانت المتعة فيه من جانبها كذلك .

فلا شأن للقانون الجنائى بهذين النوعين من الأفعال أو ما يشبههما ، لأن الجديرين بحماية القانون هم المستيقظون الساهرون على حقوقهم لا النائمون الملتهون عنها Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt ولأن التزام المدين فى قرض الوفاء بما اقترضه ، أو التزام الرجل بالاحجام عن المتعة بامرأة ليست زوجته الشرعية ، انما هما شرطان من شروط حسن الحياة الاجتماعية وكمالها ، وليسا من الشروط الجوهرية التى يتوقف عليها كيان هذه الحياة ووجودها ، ومن ثم يدخلان فى مجال القانون المدنى لا فى مجال القانون الجنائى .

وما دام الأمر كذلك فان الجريمة كحقيقة قانونية ، ان كانت من الناحية الشكلية البحتة سلوكاً قرر له القانون جزاءاً جنائياً ، فانها من الناحية الموضوعية سلوك — يعتبره الشعب ممثلا فى مشرعه — مخلا بشرط جوهرى يتعلق به حق المجتمع فى الوجود والبقاء أو بظرف مكمل لهذا الشرط .

ومتى استقر ذلك ، يصبح من اليسير بعد ذلك تحليل الجريمة كحقيقة قانونية الى أركانها الداخلة فى تكوينها طبقاً للنص المحدد لها فى قانون العقوبات أى على أساس النص لا الحكمة المستمد منها النص .

فهى كسلوك محظور وصفه النص ، تتكون من ثلاثة أركان ، أولها سلبي يتمثل فى عدم الوجود لا فى الوجود ، ويراد به عدم وجود سبب يبيح السلوك ، والثانى هو الركن المادى للجريمة أى الوجه الخارجى المحسوس للسلوك المكون لها ، والثالث هو الركن المعنوى أى الوجه الداخلى النفسانى لهذا السلوك .

فجريمة كالقتل مثلا ، ركنها المادى هو الوجه الخارجى المحسوس للسلوك المكون لها ، أى تصويب السلاح واطلاق مقذوف منه يصيب المجنى عليه فى مقتل فيقضى عليه ، أو إعمال السلاح الحاد فى جسم المجنى عليه بطعنه طعنات قاتلة ، وركنها المعنوى هو الوجه الداخلى النفسانى لذلك السلوك أى انعقاد نية الفاعل على ازهاق روح المجنى عليه .

وشأن الجريمة فى ذلك شأن كل سلوك انسانى ، اذ لابد فيه من وجه خارجى مادى ، ووجه باطنى نفسانى .

على أن القاتل قد يرتكب قتلا أى يأتى فعلا الأعمال التنفيذية للقتل ، وتكون نيته منعقدة بالفعل على القتل ، ومع ذلك لا تتوافر فى سلوكه صفة الجريمة ، كما اذا كان يدافع شرعاً عن نفسه ضد خطر الاعتداء على حياته ، فصرع غريمه قبل أن يصرع منه . فالقتل فى هذه الحالة يوجد فيه ركنه المادى وركنه المعنوى كذلك ، ولكن ينقصه ركن تخلف السبب المبيح .

من أجل ذلك نشأت ضرورة اضافة ركن ثالث فى الجريمة الى جانب ركنيها المادى والمعنوى ، وهو ألا يوجد سبب يبيح السلوك المكون لها .

وخلاصة ما تقدم ، أن للجريمة كحقيقة قانونية تعريفين ، فلها تعريف شكلى مستمد من النص ، ولها تعريف موضوعى مستمد من الحكمة التى أوحت بالنص .

فتعريفها الشكلى ، أنها سلوك معين نص له قانون العقوبات على جزاء جنائى ، وأورد له فى هذا النص الوصف المحدد لوجهه المادى ولوجهه

النفسانى ، وحدد الحالات التى يكون فيها – على سبيل الاستثناء – سلوكاً مباحاً مبرراً .

أما تعريفها الموضوعى فهو أنها سلوك يراه الشعب – ممثلا فى مشرعه – ماساً بشرط جوهرى يتعلق به حق المجتمع فى الوجود والبقاء أو بظرف مكمل لهذا الشرط .

وكل من التعريفين يدور – كما هو واضح – حول الجريمة من حيث كونها فعلا ، أكثر مما يتصل بشخص المجرم من حيث كونه فاعلا.

ذلك ما يميز الجريمة كحقيقة قانونية .

أما ما يميزها كحقيقة واقعية ، فهو كما سنرى شخص الفاعل أكثر من مادة الفعل .

وسنرى بمناسبة كلامنا عن أركان الجريمة فى التعريف الشكلى بها ، أن لحقيقتها الواقعية تأثيراً كبيراً على تصويرها كحقيقة قانونية ، أو بعبارة أخرى أن لشخص الفاعل وزناً واعتباراً ينعكس كذلك على مادة الفعل .

(٢)

فى الجريمة كحقيقة واقعية

ليست الجريمة – بالنظر الى فاعلها – سوى اشباعاً لغريزة انسانية بطريق شاذ لا يسلكه الرجل العادى حين يشبع الغريزة نفسها .

والغرائز الانسانية الأساسية معروفة . وقد اختلفت تقسيمات علماء النفس لها . ومهما كان أمرها ، فانه من الممكن ردها الى غريزة واحدة هى غريزة الكيان والبقاء ، أى حرص الانسان على أن يصون وجوده ، سواء أكان هذا الوجود مادياً أم أدبياً .

ومن هذه الغريزة الجوهرية الرئيسية تتشعب فروع درج علماء النفس على اعتبار كل منها غريزة قائمة بذاتها .

وعلى أية حال ، فان أهم الغرائز الانسانية وأظهرها لا يتعدى فوق غريزة الكيان والبقاء ، غريزة القتال والدفاع ، وغريزة الاقتناء ، والغريزة الجنسية .

فغريزة القتال والدفاع هى الميل الفطرى الى الاقدام تارة والاحجام تارة أخرى سواء فى صورة فعل أم فى صورة قول ، حسب مقتضيات الأحوال وما يتطلبه فى كل حالة الحرص على الكيان الذاتى سواء أريد به الكيان المادى أم الكيان الأدبى . ومن الواضح تشعب هذه الغريزة عن غريزة الكيان والبقاء .

وغريزة الاقتناء هى الميل الفطرى الى الاحراز والامتلاك ، وظاهر أنهما من لوازم الحرص على الكيان كذلك .

والغريزة الجنسية هى الميل الفطرى للرجل الى المتعة بالمرأة أو للمرأة الى المتعة بالرجل . وهى الأخرى من مظاهر غريزة الكيان والبقاء ، لأنها لا تشبع للانسان احساسه بكيانه فحسب ، وانما تفتح له طريق النسل الذى يعتبر امتداداً لشخصه واستمراراً لوجوده .

هذه الغرائز توجد فى بنى الإنسان أجمعين ، بمعنى أن الغريزة التى يهدف المجرم الى اشباعها عن طريق الجريمة ، توجد فى كافة الناس حتى فى غير المجرمين منهم ، غاية الأمر تعتبر الجريمة اشباعاً لها بطريق شاذ لا يسلكه الرجل العادى حين يشبعها هى عينها .

فغريزة الكيان والبقاء بما يتفرع عنها من غريزة قتال ودفاع ، لا تدفع بالرجل العادى الى احداث ضرر بجسم الغير أو بشرف الغير واعتباره أو الى ازهاق روح الغير ، مهما كان هذا الغير خصما .

ذلك لأن الرجل العادى لا يرى فى سبيل صون كيانه الذاتى أى داع لاعدام كيان الغير أو المساس به ، ومن ثم لا يرتكب قتلا ولا جرحاً ولا قذفاً ولا سباً .

وغريزة الاقتناء تدفع بالرجل العادى الى الكفاح فى سبيل العيش بعمل من الأعمال المشروعة وطريق من طرق الرزق الحلال ، يكفل له الحصول على كافة ما يبتغيه من المقتنيات والأملاك ، وليس من شأنها أن تفضى به فى سبيل ذلك الى أخذ مال الغير خلسة ، أو احتيالا ، أو خيانة للأمانة .

والغريزة الجنسية تسوق الرجل العادى الى مراودة المرأة عن نفسها بدون اكراه أو خداع كى تستسلم له بمحض رغبتها وهواها ، وليس من شأنها أن يغوى فتاة قاصرة أو يغتصب امرأة راشدة عنوة وقهراً ، أو يلجأ الى المتعة بامرأة حالة كونها مرتبطة مع آخر برباط الزوجية ، أى ليس من شأن الرجل العادى أن يشبع تلك الغريزة بهتك عرض أو اغتصاب أو اشتراك فى زنى .

فمناط الجريمة — بالنظر الى شخص فاعلها — هو صفة الشذوذ فى سلوك هذا الفاعل ، من حيث كونه يشبع غريزة انسانية على نحو لا ينتهجه الرجل العادى حين يشبع الغريزة نفسها .

ولأن الانحراف عن سلوك الرجل العادى هو أساس صفة الشذوذ فى الجريمة ، والمحور الذى تدور حوله حقيقتها الواقعية ، فسنرى كيف أن وصف الجريمة يرتفع بالتالى عن السلوك قانونا كلما كان من شأن الرجل العادى لو وجد فى ذات الظروف أن يتخذ السلوك نفسه .

وقبل أن نتحدث عن ذلك ، يعنينا أن نحدد المقصود بالرجل العادى فى مجال تطبيق القانون .

ومما لاشك فيه ، أنه ليس المقصود بالرجل العادى الرجل الكامل جسما ونفساً . ذلك لأن الرجل الكامل من كل النواحى والطبيعى من كل الوجوه لا وجود له فى دنيا الناس . فلا يخلو أى انسان من نقيصة أو أكثر تعتور صحته الجسدية أو صحته النفسية . ولذا قيل بحق ان الرجل الطبيعى الكامل لا وجود له . والمقصود بمن جرى التعبير الدارج على تسميته بالشخص

الطبيعى ، ذلك الشخص الذى يعتبر طبيعياً لا فى كل خصيصة من خصائصه ، وانما فى جملة خصائصه بالنظر اليها فى مجموعها والمقارنة بين هذا المجموع وبين مثيله فى معظم الناس (١) . ومن علماء النفس من يقرر كذلك بحق ، أن الجنون ليس فى حقيقته سوى صورة مكبرة لما يوجد فى الرجل العادى على صورة مصغرة (٢) .

ولما كان الأمر كذلك ، وكان الرجل الطبيعى الكامل لا وجود له ، فانه لا يوجد بد من تعريف الرجل العادى ، بأنه ذلك الرجل الذى يوجد لديه من الملكات الانسانية النفسية قدر اجمالى لا يقل عن مجموع متوسطات ما يوجد منها فى السواد الغالب بين الناس .

ففكرة الرجل العادى اذن فكرة الرجل المتوسط فى وظائف أعضائه ، وفى ذكائه ، وفى حاجاته الغريزية ، وفى نصيبه من المعرفة النظرية بوجوه الخير والشر ، وفى حظه من التعلق عاطفياً بالأول والنفور من الثانى .

وسنعالج فيما يلى أركان الجريمة كحقيقة قانونية ، لنبين بمناسبة حديثنا عن كل ركن ، كيف أن لفكرة الرجل العادى نصيباً كبيراً فى تحديده ، وكيف أن الجريمة كحقيقة واقعية لها الشأن كل الشأن فى التصوير القانونى للجريمة نفسها .

(٣)

فى الركن الأول

تخلف السبب المبيح

المراد بالسبب المبيح ، ظرف مادى خارجى يرتب القانون عليه ارتفاع صفة الجريمة عن السلوك ، رغم أن السلوك يعتبر فى الأصل جريمة .

---

(١) Niceforo "Criminologia", III, p214,215

(٢) Niceforo. Op. cit, p. 451

فالسلوك اذ ذاك يتوافر به الوجه الخارجى والوجه الباطنى اللازمان لاعتباره جريمة حسب النص الذى يخلع عليه هذا النعت . ومع ذلك يرتفع عنه وصف الجريمة بفعل ظرف مادى خارجى جعل له القانون أثر تجريد السلوك من هذا الوصف استثناء ، وتحويله من سلوك اجرامى الى سلوك مباح .

وسنرى فيما يلى العلة التى من أجلها اعتبرنا السبب المبيح ظرفاً مادياً خارجياً ولم نعتبره ظرفاً باطنياً نفسانياً .

وانما نبدأ الآن بالكلام عن الأسس التى يستلهمها القانون فى الاعتراف بذلك الظرف كسبب مبيح للجريمة ، وفى إعمال آثاره بعد الاعتراف به .

تلك الأسس لا تتعدى أساسين هما :

موقف الرجل العادى — والعرف الذى تواضع الناس عليه .

فالرجل العادى — على ما قلنا — هو المعيار الذى عول القانون عليه فى التجريم ، اذ جعل صفة الجريمة لصيقة بالسلوك الشاذ من الناحية الاجتماعية كلما بلغ من الجسامة الحد الذى سلف لنا بيانه ، وعلق الشذوذ فى السلوك على كونه منحرفاً عن سلوك الرجل العادى لو وجد فى ذات الظروف .

وما دام الانحراف عن سلوك الرجل العادى هو معيار نعت السلوك بالشذوذ الاجتماعى ومن ثم بالاجرام ، فيكون من الطبيعى عقلا أن يتجرد السلوك من صفة الشذوذ وبالتالى من صفة الاجرام ، كلما تطابق على العكس مع سلوك الرجل العادى ، لو أن هذا الرجل وجد فى ذات الظروف التى أفضت الى اتيانه .

فالمستوى الذى يطالب القانون الناس بأن يكونوا عليه فى سلوكهم ، هو مستوى الرجل العادى ، أى الرجل الذى يوجد لديه من طاقة الكف عن ايذاء الآخرين ، القدر المتوسط لتوافرها بين الناس ، حسب الغالب فى سجايا نفوسهم ، لاحسب العبقرى الفذ فيهم أو الرفيع منهم فى خلقه رفعة الملائكة ، وهو — إن وجد — نادر لا يقاس عليه .

وقد قلنا ان الجريمة اشباع لغريزة انسانية بطريق شاذ لا يسلكه الرجل العادى حين يشبع الغريزة نفسها .

وينبنى على ذلك ، أنه حيث يشبع الشخص غريزته بطريق كان من شأن الرجل العادى أن يسلكه لو وجد فى ذات الظروف ، يرتفع اذ ذاك عن سلوك الشخص وصف الجريمة .

فالتطابق مع سلوك الرجل العادى فى ظروف الحال ، هو الأساس فى اباحة السلوك ، مادام الانحراف عن سلوك الرجل العادى هو الأساس فى تجريمه .

ولو أن انساناً رأى آخر يهم بقتله ، فأسعف نفسه بنفسه ، وقتل هذا قبل أن يقتل منه ، فان هذا القتل مع كونه متعمداً لا يعتبر سلوكاً شاذاً فى اشباع غريزة الكيان والبقاء ، لأن الابقاء على الذات – وظروف الحال كذلك – لم يكن متأتياً بدون اعدام الغير ، والا لصار هذا الغير هو القاتل لو لم يقتل ، ولكان هو الآخذ لو لم يؤخذ أولا ، وهذا ما يعبر عنه ، فى شروط اباحة الدفاع ، بشرط حلول الخطر .

فأساس اعتراف القانون بالدفاع الشرعى كسبب لاباحة الجريمة ، ليس – على ما هو واضح – سوى أن الرجل العادى كان ليسلك طريق الجريمة لو حاق به نفس الظرف ، وكان لا يجد فيه من الجريمة بداً فى سبيل اشباع غريزة الكيان والبقاء .

ولو أن انساناً رمت به المقادير فى صحراء جرداء بعيدة عن العمران ، وعدم فيها السبيل الى الاتصال بالناس وبأسباب الحياة من طعام وشراب ، وبعد أن قضى فى الجوع والعطش زمناً صار بعده من الموت قاب قوسين أو أدنى ، مر به أعرابى مزوذ بقليل من الغذاء والماء ، فطلب الى هذا الأعرابى بعض ما عنده ، فرفض هذا الأخير الاجابة الى هذا الطلب ، فغافل الاعرابى وأخذ من زاده خلسة عنه رغيف خبز وقدح ماء ،

فانه لا يرتكب فى ذلك جريمة سرقة ، وان كان سلوكه مما ينطبق عليه هذا الوصف أصلا ، لأنه لو وجد فى ذات الظرف رجل عادى ، ما كان يتوانى فيه عن إتيان السلوك نفسه .

ذلك هو أساس اعتراف القانون بحالة الضرورة كمانع للعقاب .

فهذا الأساس ، هو أن الرجل العادى ما كان يمنع عن سلوك طريق الجريمة لو وجد فى ذات الظرف ، أى ما كان يجد فيه بداً من الجريمة فى سبيل اشباع غريزة الاقتناء على نحو فيه تلبية كذلك لغريزة الكيان والبقاء .

ولنا الى ذلك عود حين نتحدث عن حالة الضرورة .

ولو أن انساناً عقد زواجه من امرأة ، وظل يراودها ويجذبها اليه غير أنها التزمت معه تمنعاً وعزوفاً ، فأتاها قهراً عنها ، لا يرتكب — وعقد الزواج قائم — أية جريمة ، لأن من شأن الرجل العادى لو وجد فى ذات الظرف أن يشبع غريزته الجنسية بذات السلوك ، ومن ثم يرتفع عن هذا السلوك عنصر الشذوذ الذى كان أساس نعته أصلا بوصف الاجرام الجنسى (الاغتصاب) .

فأساس اباحة السلوك الذى كان فى الأصل جريمة جنسية ، أنه فى ذلك الظرف لا يعتبر اشباعاً للغريزة الجنسية بطريق شاذ ، اذ لو وجد رجل عادى فى الظرف عينه لكان يسلك ذلك السلوك فى اشباعه لهذه الغريزة .

وبالاضافة الى ما تقدم ، قلنا ان اباحة الجريمة قد ترجع الى عرف تواضع عليه الناس وجعل لظرف معين أثر اجازة سلوك من شأنه — لو اتخذ فى غير هذا الظرف — أن يعتبر مكوناً لجريمة .

وليس العرف الا تعبيراً عن ارادة الشعب ، يتحقق فى صورة فعل لا فى صورة قول .

وأيا كان العرف ، فليس من شانه أن يخلع صفة الاباحة المطلقة ، وفى جميع الأحوال ، على سلوك اعتبر مكوناً لجريمة بنص صريح فى القانون . وكل ما ينشأ من العرف ، هو اعتبار هذا السلوك — رغم صفة الجريمة الثابتة فيه — جائزاً مباحاً فى بعض حالاته ، لا فى كل هذه الحالات . ذلك لأن اجازته أو اباحته فى كل حالاته ، معناها اهمال النص القاضى بتجريمه ، ولا يلغى النص الا نص مثله . وحين يعن للشعب رفع صفة الجريمة عن سلوك منصوص فى القانون على عقابه ، فلا يكون ثمة سبيل الى ذلك سوى التعبير عن تلك الارادة بالطريق المفصح عنها والكفيل بجعلها قانوناً ، فيصدر نص جديد لالغاء النص القائم . فاذا لم يتحقق ذلك ، لا يترتب على العرف سوى الحد من مجال تطبيق النص ، دون ايقاف كلى لتطبيقه .

ولا ينشأ عملا أى عرف مقيد لنطاق تطبيق النص ، الا فى حالات خاصة يحقق فيها السلوك المجرم مصلحة اجتماعية تبرر اجازته لأنها تعلو على المصلحة التى اقتضت تجريمه (١) .

فالجراحة كأسلوب من أساليب الطب ، تحقق فى مجال التطبيب والعلاج مصلحة اجتماعية تعلو على تلك التى اقتضت أن يعتبر احداث جرح بجسم الغير مكوناً لجريمة جرح .

والملاكمة كأسلوب من أساليب الرياضة البدنية المقومة للجسم وللنفس معاً ، تحقق مصلحة اجتماعية تعلو على تلك التى تطلبت أن يعتبر ايلام جسم الغير مكوناً لجريمة ضرب .

والتصرف فى المال المحجوز عليه بعد سداد الدين المحجوز من أجله ، يحقق مصلحة أعلى من تلك التى تقتضى الابقاء على هذا المال محبوساً فى سبيل الاحترام الواجب للسلطة الآمرة بالحجز ، لأن تطلب الاجراءات اللازمة فى سبيل رفع الأمر بالحجز ، وعدم الاكتفاء فى رفعه بسداد الدين

---

(١) Antolisei "Manuale di diritto penale" Parte gen. 1949 - p. 110.

الموقع الحجز بسببه ، من شأنهما أن يتعطل الوفاء بالديون لأصحاب الحق فيها ، اذ يرى المحجوز عليهم أن هذا الوفاء فى ذاته لا يجدى فى سبيل تحرير أموالهم المحجوز عليها ، فيتراخون فيه الى أن يتم تحريرها باتخاذ اجراءات رفع الحجز . ولذا فان تصرف المحجوز عليه فى ماله ، ما دام مسبوقاً بسداد الدين المحجوز من أجله ، تبيحه مصلحة أعلى من تلك التى اقتضت فى الأصل عتبار هذا التصرف مكونا لجريمة اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائياً أو ادارياً .

ذلك هو أساس جريان العرف على اباحة الجراحة الطبية والرياضة البدنية والتصرف فى الأموال المحجوزة عقب الوفاء بالدين المحجوز بسببه .

ولا شك فى أن الاباحة مقيدة بشروط تكفل العرف ذاته بتحديدها .

فيلزم مثلا فى الجراحة أن يؤدبها شخص من المرخص لهم بأدائها ، لأنه ذو خبرة فيها ، لا كل شخص أيا كان ، والا اعتبرت جريمة جرح حسب الأصل .

ويلزم فى الملاكمة أن تجرى فى مباراة نظامية دبر أمرها على أصول الرياضة ، لا لمجرد أن خصمين من الناس قد ارتضيا الالتجاء اليها احتكاماً الى القوة فى فض نزاع قائم بينهما ، والا اعتبرت حسب الأصل جريمة ضرب أو جرح .

ويلزم للتصرف فى المال المحجوز عليه ألا يكون هناك نزاع حول حصول الوفاء بالدين المحجوز من أجله ، والا اعتبر هذا التصرف حسب الأصل جريمة اختلاس لمال محجوز عليه الخ ..

ومما تقدم ذكره يبين أن سبب الاباحة ظرف مادى واقعى يرفع عن السلوك صفة الشذوذ التى من أجلها كان يعتبر فى الأصل جريمة . وقد ترتفع صفة الشذوذ هذه ، اما لأن الرجل العادى من شأنه أن يسلك السلوك نفسه لو وجد فى ذات الظرف الملابس ، واما لأن العرف جرى

على اجازة السلوك فى حالات خاصة تحقق فيها مصلحة اجتماعية أولى بالاعتبار من تلك التى اقتضت تجريمه[1] .

* * *

وكما أن سلوك الرجل العادى هو المعيار الذى يعول عليه القانون فى الاعتراف بوجود سبب يبيح على وجه الاستثناء ما يعتبر فى الأصل مكونا لجريمة ، فان ذلك السلوك عينه هو المعيار الذى يأخذ به القانون كذلك حتى فى اعمال هذا السبب المبيح وفى ترتيب آثاره .

ويبدو ذلك على وجه خاص ، فيما يسميه الايطاليون بالاباحة التصورية . فقد يظن انسان ما فى ظروف ما ، وجود سبب مبيح لسلوكه الاجرامى حيث لا يكون لهذا السبب وجود الا فى مخيلته ، وحيث لا يكون قائماً فى الحقيقة والواقع . والمراد بذلك أن يسيء ادراك وفهم الظروف المادية للواقع المحيط به ، فتبدو فى مخيلته على غير حقيقتها ويتصور الوجود المادى فيها لسبب مبيح للجريمة مع أن هذا السبب لا يكون له فى الحقيقة أى وجود . فلو أنه أتى — والحال كذلك — السلوك المكون لجريمة حسب الأصل ، فهل يسأل عنه مسؤولية جنائية لكونه قد ارتكب به جريمة ، أم يجوز أن يرتفع عن عاتقه عبء تلك المسؤولية تبعاً لكونه قد تصور الوجود المادى لسبب يبيح هذه الجريمة قانوناً ولو أن تصوره جاء مخالفاً للحقيقة ؟

للرد على هذا السؤال ، لم يجد القانون بدأ من الاحتكام كذلك الى موقف الرجل العادى لو أنه وجد فى ذات الظروف ، ومن رفع صفة الجريمة عن السلوك بناء على السبب التصورى المبيح رغم أنه ليس سبباً واقعياً ، متى كان من شأن الرجل العادى لو أحاطت به ذات الملابسات أن يتصور نفس التصور المجافى للواقع ، وأن يكون نفس الاعتقاد المغاير للحقيقة .

---

(١) هذا الأساس الموحى بالسبب المبيح — وهو سلوك الرجل العادى — يصدق على كافة أسباب الاباحة أى على الدفاع الشرعى واستخدام الحق وأداء الواجب ، بل على رضاء المجنى عليه كصورة لاستخدام الحق نيابة عن صاحبه .

والواقع أن فكرة العرف يمكن ردها هى الأخرى الى فكرة الرجل العادى .

ذلك ما أفصح عنه القانون المصرى فى حالتين فرديتين من حالات اباحة الجريمة هما حالة الدفاع الشرعى المنصوص عليها فى المادة ٢٤٩ ، وحالة تجاوز الموظف العمومى بحسن نية حدود واجبه ، المنصوص عليها فى المادة ٦٣ .

عبر القانون المصرى عن ذلك بالنص فى المادة ٢٤٩ على أن حق الدفاع الشرعى يبيح القتل العمد اذا كان مقصوداً به دفع فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

فالسبب المبيح هنا ، ليس مقصوراً على الفعل الذى يحدث حقيقة الموت أو الجراح البالغة ، وانما يشمل الفعل الذى يتخوف منه ذلك مجرد تخوف ، أى الفعل الذى يقوم فى مخيلة الانسان أنه سيحدث موتاً أو جراحاً بالغة ، ويثير لدى الانسان الخشية من ذلك ، ولو لم يكن من المتعين أن ينتج فى الحقيقة والواقع هذا الأثر . ويكفى فى هذه الحالة من الخشية والتخوف ، أن يكون الاعتقاد بنشوء الموت أو الجراح البالغة من الفعل ، مبنياً على أسباب معقولة .

وليست الأسباب المعقولة فى هذا الصدد ، سوى تلك الأسباب التى تولد لدى الرجل العادى نفس الاعتقاد لو أنه وجد فى نفس الظروف ، وباعتبار أن المقصود به الرجل العاقل المكون منه السواد الغالب فى الناس .

ومؤدى ذلك أن الاعتقاد بوجود السبب المبيح للجريمة رغم تخلفه فى الحقيقة والواقع ، يقوم مقام وجود هذا السبب فعلا من حيث اباحة الجريمة المرتكبة ، متى كان من شأن الرجل العادى أن يكون ذلك الاعتقاد الخاطىء لو أنه أحاطت به نفس الملابسات .

فهنا تصبح الجريمة مباحة بناء على سبب تصورى للاباحة ، على ذات النحو الذى تصير به مباحة لو أن هذا السبب كان واقعياً .

وقد طبق القانون المصرى المبدأ نفسه فى حالة فردية أخرى كما قلنا — وهى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٦٣ بصدد الموظف العمومى المتجاوز بحسن نية حدود واجبه — واستخدم فى هذه الحالة هى الأخرى ذات التعبير ، أى عبارة الاعتقاد المبنى على أسباب معقولة رغم كونه اعتقاداً خاطئاً .

وعلى الرغم من أن ذلك المبدأ لم يتقرر بنص عام يسرى على كافة حالات الاباحة ، كنص المادة ٥٩ من قانون العقوبات الايطالى ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه من الممكن قياساً على الحالتين الفرديتين اللتين ورد فيهما النص صراحة ، أن يطبق على كل حالة مماثلة لهما ، قائلة « ان حسن النية المؤثر فى المسؤولية عن الجريمة رغم توافر أركانها .. هو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ، ويكفى أن يكون الشارع قد ضبطه فى نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضى القاعدة العامة الواجبة الاتباع » [1] .

وتطبيقاً للمبدأ المذكور ، لو أن تاجراً حمّل جواده بالبضاعة وسلك فى السفر بها طريقاً يعلم الكافة أن قطاع الطرق يترددون عليه ، ورأى فارساً قادماً نحوه فى الظلام يطلق النار من سلاحه فى الهواء ، فأطلق عليه عياراً أرداه قتيلا ظناً منه أنه كان يهم بالاعتداء عليه ، ثم اتضح أن ذلك الفارس لم يكن قاطع طريق وانما كان عابر سبيل يعبر عن فرحته لمناسبة سعيدة ، فان سمعة الطريق ، وتخيم الظلام عليه واطلاق الفارس القادم أعيرة من سلاحه النارى ، أمور تعتبر من قبيل الأسباب المعقولة التى تحمل الرجل العادى لو وجد أمامها ، على أن يعتقد نفس الاعتقاد الذى قام فى نفس ذلك التاجر ، ومن ثم تنتفى مسؤولية التاجر عن القتل بناء على حدوثه فى حالة وهمية من الدفاع الشرعى ، وعلى الرغم من أنها حالة لم يكن لها من الوجود الواقعى أى نصيب .

ولو أن فرداً من الناس قصد موظفاً لقضاء مصلحة ، فماطله هذا الموظف فى اجابته الى طلبه المشروع ، مماطلة طال أمدها حتى فاق الحد المحتمل ،

---

(1) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٢٢٠ ص ١٩٩

ووجد أحد الأشخاص يناول الموظف ذات يوم مظروفاً بداخله نقود ظاهرة منه ، ورأى الموظف يتسلم هذا المظروف ويخفيه بسرعة فى درج مكتبه ، فظن أنه موظف مرتش لا يؤدى واجبات وظيفته الا بمقابل ، واذ نفد صبره على انتظار الظفر من هذا الموظف بما يبغيه ، قذفه علنا بالرشوة ، ثم تبين أن المظروف الذى شوهد الموظف وهو يتناوله يوماً انما كان محتوياً على مرتبه ، وأن من ناوله هذا المظروف كان أمين الخزانة لا فرداً عادياً من الجمهور ، فان ذلك القذف رغم حدوثه بواقعة مكذوبة وتخلف السبب المبيح له وهو أن تكون الواقعة المقذوف بها فى حق الموظف صحيحة (١) ، لا يعتبر بالرغم من ذلك مكوناً لجريمة ، على أساس وجود أسباب معقولة من شأنها لو توافرت لدى رجل عادى أن تولد فى نفسه ذات الاعتقاد الخاطىء بوجود الواقعة المقذوف بها .

ولكن ما الحكم ، لو أن السبب المبيح قام فى مخيلة الفاعل على خلاف الواقع ، وانما بدون أسباب معقولة تبرر الاعتقاد بوجوده ، أى فى ظروف لم يكن من شأنها لو أحاطت برجل عادى أن تولد لديه نفس الاعتقاد ؟

ما الحكم لو أن التاجر فى المثال المتقدم أقدم على قتل فارس قادم فى الطريق ظناً منه أن هذا الفارس كان يهم بالاعتداء عليه ، وانما بدون أن يوجد فى ملابسات الحال ما يبرر لدى رجل عادى هذا الظن ؟

وما الرأى لو أن الفرد صاحب المصلحة قذف الموظف بالرشوة وانما فى ظروف لم يكن من شأن رجل عادى لو وجد فيها أن يعتقد ارتكاب الرشوة من جانب الموظف ؟

---

(١) أبيح القذف العلنى فى حق الموظف العمومى رغم أنه مكون أصلا لجريمة ، لأن المصلحة التى يحققها وهى الكشف عن سوءات الموظفين وضمان حسن سير الأداة الحاكمة ، أولى بالاعتبار من المصلحة التى اقتضت فى الأصل تجريمه . وشرط إباحته أن يكون بواقعة صحيحة طبقا للفقرة الثانية من المادة ٣٠٣ ع . ورغم أن هذه المادة لم تقرر الاباحة عند وجود اعتقاد بصحة الواقعة بناء على أسباب معقولة ، الا أن هذه الاباحة مستخلصة من ذات المبدأ الذى قررها فى حالتى الدفاع الشرعى وتجاوز الموظف العمومى حدود واجبه .

سكت قانون العقوبات المصرى عن بيان الحكم الواجب اتباعه فى مثل تلك الحالة ، ولو أن الفقرة الأخيرة من المادة ٥٩ من قانون العقوبات الايطالى نصت على أن الفاعل يعاقب اذ ذاك عن جريمة غير عمدية ، اذا ما كان القانون يقرر عقوبة للصورة غير العمدية من سلوكه .

وطبقاً لهذا الحكم المنصوص عليه صراحة فى القانون الايطالى ، يعاقب التاجر عن قتل خطأ فى الفرض الأخير ، ولا يعاقب الفرد القاذف فى حق الموظف العمومى لأن القانون لا يعرف فى جريمة القذف صورة تسمى بالقذف غير المتعمد .

وبذا يعاقب الفاعل تارة ، وينجو من العقاب تارة أخرى ، حسب ما اذا كان القانون يجرم سلوكه فى الصورة غير العمدية منه أو لا يجرم ذلك السلوك اذا كان على هذه الصورة .

وتفادياً لهذه النتيجة ، يذهب الرأى الحديث فى الفقه الألمانى الى اعتبار الفاعل مرتكباً لجريمة عمدية حسب الأصل ، أى لجريمة قتل عمد فى الفرض الأول ، ولجريمة قذف فى الفرض الثانى ، لأن ارادته كانت متجهة فى الفرض الأول الى ازهاق روح المجنى عليه ، وكانت متجهة فى الفرض الثانى الى المساس بشرف الموظف واعتباره . غاية الأمر ، يقام وزن لبراءة الباعث المحرك للفاعل فتخفف له عقوبته ، اذ كان هذا الباعث على كل حال هو تصور وجود سبب مبيح للجريمة ، و لو أن هذا التصور لم يكن سائغاً ، ولم يكن ليقوم فى نفس رجل عادى لو وجد هذا الرجل فى نفس الظروف(١).

ويبدو أن هذا الرأى الحديث فى الفقه الألمانى ، أكثر تمشياً مع نصوص قانون العقوبات المصرى ، اذ يستفاد من سكوت قانوننا عن بيان الحكم فى حالة عدم وجود أسباب معقولة تبرر الاعتقاد بقيام سبب يبيح الجريمة ،

---

(١) Maurach "Deutsches Strafrecht" All. Teil, 1954, p. 221 - Welzel "Das deutsche strafrecht". 1954, p. 125, 126.

أن السلوك يظل – بمفهوم المخالفة – محتفظاً بوصفه الأصلى ، أى بوصف الجريمة ، وبوصف الجريمة العمدية .

* * *

ولا يظهر معيار الرجل العادى فى المجال المتقدم ذكره فحسب ، أى فى مجال الاعتقاد بوجود سبب للاباحة لا يوجد حقيقة ، وانما يعول عليه فى مجال آخر من مجالات اباحة الجريمة ، ونعنى بذلك مجال الدفاع الشرعى من ناحية الشرط الجوهرى الواجب توافره فى سبيل مشروعية هذا الدفاع ، وهو شرط اللزوم .

فلا يكفى أن يكون الخطر الماثل منذراً بجريمة ، فى سبيل أن يباح الرد عليه بجريمة . وانما يجب كى يكون الرد عليه بالجريمة جائزاً ، ألا يكون من الممكن مواجهته بوسيلة أخرى بريئة ، غير وسيلة الهرب .

ذلك لأنه وان كان المهدد بالاعتداء غير ملزم قانوناً بالهرب تبعاً لكون الهرب من وجه المعتدى أمراً شائناً للكرامة يأباه الرجل العادى ، فانه على كل حال ملزم بأن يدرأ الاعتداء بأية وسيلة أخرى بريئة غير الهرب ، بحيث اذا كانت هذه الوسيلة مستطاعة وآثر عليها مع ذلك وسيلة اجرامية ، لا تكون جريمته مبررة ولا تعتبر حالة الدفاع الشرعى متوافرة .

ذلك ما يعبر عنه بشرط اللزوم .

فلو أن رجلا شاهد مربية تلف حبلا حول عنق طفل تمهيداً لخنق هذا الطفل ، ولم تكن اذ ذاك قد أحكمت وثاق الحبل حول العنق أو همت بتضييق الخناق به على الطفل ، فأطلق عليها عياراً نارياً أرداها قتيلة ، لا يعتبر فى حالة دفاع شرعى عن الطفل ، اذ كان فى وسعه أن يدرأ الاعتداء على حياة الطفل بوسيلة بريئة لم تكن تتعدى فى واقعة الحال رفع الصوت بالصياح أو انتهار المربية .

ولو أن انساناً رأى رجلا يصارع امرأة ليقهر مقاومتها ويغتصبها كرهاً عنها ، فأطلق النار على هذا الرجل حماية لعرض المرأة ، وقتله ، لا تعتبر

جريمته مبررة اذ كان فى وسعه وقت أن فاجأ الرجل على ذلك الوضع أن يحمى المرأة منه باطلاق صيحة أو احداث ضجة .

ففى هذين المثالين ، لا يكون للمدافع عن حياة الغير أو عن عرض الغير أن ينفى مسؤوليته بالدفاع الشرعى ، اذ يعتبر سلوكه على الصورة التى تحقق بها غير لازم لأداء مهمة الدفاع ، أى مغايراً لسلوك الرجل العادى لو أنه وجد فى ذات الظرف ، فتظل صفة الجريمة لصيقة به ، ويعتبر معنى الدفاع الشرعى فيه متخلفاً .

ومؤدى ذلك ، أن سلوك الرجل العادى هو معيار القطع بما اذا كانت الجريمة لازمة للدفاع وبالتالى مبررة ، أم غير لازمة وبالتالى موجبة للعقاب .

والمراد بلزومها ألا يجد المدافع بدأ من درء الاعتداء بطريقة اجرامية تبعاً لاستحالة دفعه بطريقة بريئة غير الهرب .

* * *

لم يبق من حديثنا عن السبب المبيح سوى أن نشير الى مشكلة من مشكلاته يسميها الايطاليون بالجريمة التصورية reato putativo .

فقد أشرنا فيما تقدم الى مشكلة الاباحة التصورية أى اعتقاد قيام السبب المبيح مع أنه فى الحقيقة متخلف .

والآن نتناول المشكلة العكسية المعروفة بالجريمة التصورية ، وهى اعتقاد تخلف السبب المبيح مع أنه فى الحقيقة قائم .

ويورد الفقه الايطالى والألمانى أمثلة عديدة للجريمة التصورية ، حسبنا أن نذكر منها تلك الأمثلة التى جاءت فى مؤلف الأستاذ Maurach أستاذ القانون الجنائى فى جامعة ميونيخ .

فلوأن شخصاً رأى عدوه فأطلق عليه النارتشفياً منه وقتله ، دون أن يفطن الى أن عدوه هذا كان فى تلك اللحظة بالذات مصوباً نحوه البندقية ليقتله ، فأنقذ بذلك حياته من اعتداء هذا العدو دون أن يشعر بهذا الانقاذ ويقصده ،

فانه يحق التساؤل عما اذا كان ذلك الشخص يسأل عن قتل عدوه أم أنه يعتبر فى حالة دفاع شرعى عن نفسه ، رغم جهله بوجود هذه الحالة .

ولو أن مولدة أجهضت امرأة لقاء أجر متفق عليه ، فكان من شأن هذا الاجهاض انقاذ الحامل — دون علم المولدة — من خطر موت كانت ستصاب به لو لم يتحقق اجهاضها ، فانه يصح التساؤل عندئذ عما اذا كانت تلك المولدة تعاقب على الاجهاض أم أنها تستفيد بحالة الضرورة رغم جهلها بوجود هذه الضرورة .

وما الرأى فى ضربات بسيطة ينزلها معلم بأحد تلاميذه ، لا بقصد تأديب هذا التلميذ وانما بقصد اشباع شذوذ جنسى ، غير أنه يترتب على تلك الضربات تأدب التلميذ واستقامته فعلا ؟ هل يسأل المعلم هنا عن جريمة الضرب ، أم له أن يتمسك بالاباحة الناشئة من حق التأديب ولو أنه لم يقصد تأديباً ؟

وما الحكم لو أن جندياً فى الجيش عقد النية على قتل ضابطه ، ورأى من بعيد شخصاً ظنه الضابط المقصود ، فأطلق عليه النار وقتله ، ثم تبين أن هذا الشخص جندى من القوات المسلحة للأعداء ؟

هل يسأل الجندى فى هذه الحالة عن جريمة قتل ، أم يعتبر سلوكه مباحاً بناء على أن قتل العدو واجب ولو أن نيته عند القتل لم تكن منصرفة الى أداء هذا الواجب ؟

تلك هى الأمثلة التى أوردها الأستاذ Maurach [1] ، وتساءل فى شأنها عما اذا كان السبب المبيح يفيد فاعل الجريمة رغم أنه لم يكن على علم بوجود هذا السبب أو لم تكن ارادته منصرفة الى اعمال مقتضاه. وبهذا التساؤل طرح على بساط البحث المشكلة الخاصة بطبيعة السبب المبيح ، وبما اذا كان

---

(١) Maurach "Deutsches Strafrecht" — 1954 — p. 272—276.

يكفى فيه كى تترتب عليه آثاره أن يتوافر منه ركنه المادى دون حاجة الى ركن معنوى ، أم يلزم له فى سبيل ذلك الركنان معاً ــ شأنه فى ذلك شأن الجريمة ــ فلا يكفى توافره مادياً وانما يجب أن تنصرف اليه كذلك ارادة الفاعل نفسانياً .

وقد انقسم الرأى فى الفقه الألمانى حول هذه المشكلة .

فذهب البعض الى القول بأن السبب المبيح متى وجد مادياً ، يترتب عليه أن يباح سلوك الفاعل ويزول عنه وصف الجريمة ، ولو لم يكن الفاعل عالماً بوجود ذلك السبب أو قاصداً اعماله(١) .

ورأى البعض الآخر أنه اذا ارتكب شخص ما جريمة يوجد سبب مبيح لها على غير علم منه بهذا السبب ، لا تنسب اليه الجريمة كاملة ، وانما ينسب اليه شروع فيها (٢) .

أما الأساتذة Maurach (٣) ، Welzel (٤) ، Niese (٥) ، فيقررون أن سبب الاباحة ليس ظرفاً مادياً واقعياً فحسب ، وانما هو ظرف نفسانى شخصى كذلك ، بمعنى أن أثره المبيح لا ينتج منه الا اذا كانت ارادة فاعل الجريمة قد انصرفت الى اعماله فى واقعة الحال .

ومن الأمثلة التى ضربها الأستاذ Niese ، أن من يتلف زجاج الجار حقداً وتشفياً وينقذ الجار بذلك ــ على غير علم وارادة ــ من الموت تسمما بأكسيد الكربون ، اذ كان موته سيتحقق لو بقى الزجاج سليما بدون أن تنفتح

---

(١) V. Hippel "Deutsches Strafrecht" 1930. II, 196, 210 — A. Wegner "Strafrecht" All. Teil. 1951 — p. 121. Nowakowski, ZStW 63, 319.

(٢) Mezger "Leipziger Kommentar Zum Strafgesetzbuch" 7 Auf — 1953—1954 — p. 300. Sauer "Allgemeine Strafrechtslehre — 1949 — p. 120.

(٣) Maurach، الموضع السالف ذكره

(٤) Welzel "Das Deutsche Strafrecht" 1954 — p. 64, 72.

(٥) Niese "La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco" Riv. Jus 1951 p. 262 nota 2, 3, 4.

ثغرة فيه ، لا يستطيع درء المسؤولية عن جريمة الاتلاف بحالة الضرورة ، لأن ارادته لم تكن منصرفة الى مواجهة هذه الحالة .

واذا رجعنا الى قانون العقوبات المصرى ، لا نجد فيه بشأن تلك المشكلة أى نص يحسمها .

فلا يوجد سوى نص المادة ٦٠ فى خصوص حالة معينة من حالات الاباحة وهى استخدام الحق ، اذ تطلب النص فى هذه الحالة أن يستخدم الحق بنية سليمة .

كما استقر رأى الشراح على أنه لا بد فى ممارسة الطب من أن تكون بقصد العلاج[1] ، غير أنهم لم يتعرضوا للفرض الذى فيه يتحقق شفاء المريض بالفعل ، ولو أن قصد الطبيب كان منصرفاً الى غاية مختلفة هى اجراء تجربة علمية مثلا .

ويقرر الأستاذ الدكتور محمد مصطفى القللى « لو أن شخصاً وجد عدواً له ينازع آخر خشبة وهما فى الماء للنجاة بواسطتها من الغرق ، فتدخل بينهما وأبعد خصمه عنها بقصد اغراقه ، فلا يجوز له أن يدفع بحالة الضرورة ولو أن فعله قد مكن منافس خصمه من النجاة من الغرق ، وذلك لأن الجانى لم يقصد بعمله وقاية غيره ، وانما قصد قتل خصمه »[2].

وعرض على محكمة النقض المصرية أمر ضابط فتش مسكناً دون أن يكون عالماً بوجود اذن من النيابة يسمح له بهذا التفتيش ، فقضت بأنه لا يصحح التفتيش أن الاذن به كان قائماً على غير علم من الضابط ، اذ كان يجب أن يكون الضابط عالماً بوجود هذا الاذن[3] .

---

[1] الأحكام العامة فى قانون العقوبات للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد طبعة ١٩٥٧ ص ١٦٨ – وشرح قانون العقوبات "القسم العام" – للأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى طبعة ١٩٦٠/٦١ – ص ١٢٤

[2] " المسؤولية الجنائية " – ص ٤١٥

[3] نقض ٣ ديسمبر ١٩٣٤ – مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ – رقم ٢٩٣ ص ٣٣٩

ومؤدى ذلك القضاء أن يعاقب الضابط فى تلك الحالة — رغم وجود الاذن بالتفتيش — على جريمة دخول منزل شخص من آحاد الناس دون مراعاة القواعد المقررة فى القانون (م ١٢٨ عقوبات) .

أما القانون الايطالى فقد حسم المشكلة فى المادة ٥٩ منه اذ تعرض لها فى هذه المادة بنص صريح ، فقضى بأن الظروف التى من شأنها استبعاد العقاب ، تقدر لصالح الفاعل ، ولو كانت مجهولة منه أو كان يعتقد خطأ بعدم وجودها ، anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti ما لم يكن ينص القانون على خلاف ذلك .

وتعليقاً على حكم القانون الايطالى ، يقرر الشارح الايطالى الكبير Manzini [١] أنه حيث يوجد ظرف استبعد القانون بسببه العقاب ، أى رأى أن العقاب — مع وجوده — غير لازم ، يكون من الطبيعى ألا يوقع العقاب ، ولو كان الفاعل جاهلا وجود ذلك الظرف . وأضاف الى ذلك ، أنه للسبب عينه ، اذا اتضح أن شخصاً ما مصاب بجنون كلى لا توقع عليه العقوبة مهما كان جاهلا هذا الجنون ومهما اعتقد فى نفسه العقل [٢] .

ومن البديهى فى كل ما تقدم ، أن السلوك الاجرامى محل النظر لم يتعد الحد المادى المرسوم له فى سبيل اباحته ، وأنه حقق مادياً وعملا الأساس

---

(١) Manzini "Trattato di Diritto penale italiano" 1950. Vol. I., P. 648.

(٢) جرى مشروع قانون العقوبات الموحد على نهج القانون الايطالى ، فنصت المادة ٤٢ منه فى فقرتها الأخيرة على أنه " وكذلك لا يعاقب من ارتكب فعلا يظن خطأ أنه يكون جريمة " ، وأكدت المعنى نفسه المادة ٥٢ من المشروع إذ نصت على أنه " اذا جهل المجرم وجود ظرف مشدد للعقاب فلا يسأل عنه ، لكنه يستفيد من العذر ولو جهل وجوده" . وجاء فى المذكرة التفسيرية للمادة ٤٢ من المشروع " أنه اذا كانت نية الفاعل نية وهمية لا خطر منها على المجتمع لصدورها عن خطأ فى ظنه ، كمن يباشر أمرا مباحا معتقدا أنه يرتكب أمرا غير مباح شأن الأعمى الذى يغتصب بالقوة زوجته ظنا منه أنها امرأة أجنبية عنه وهو ما يسمى بالجريمة الظنية فلا عقاب على الفاعل فيها " .

الاجتماعى الذى تقررت الاباحة بناء عليه ، غير أن نية صاحبه لم تكن متجهة الى هذا التحقيق .

وقد أخذ بحكم القانون الايطالى من بين الشراح فى مصر ، الأستاذ الدكتور محمود مصطفى اذ قرر أن أسباب الاباحة من الأسباب الموضوعية تحدث أثرها من حيث تعطيل نص التجريم بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكب الأمر ، فسيان كان عالماً بقيام السبب أو كان جاهلا بوجوده ، فالفعل لا يعد جريمة فى الحالتين [1] .

ونحن من هذا الرأى . وسبق أن عرفنا سبب الاباحة بأنه ظرف مادى واقعى أى خارج عن نفسية الفاعل ولا شأن له بها .

(٤)

فى الركن الثانى

الركن المادى

(ا) السلوك

الركن المادى للجريمة هو الوجه المادى الخارجى للسلوك المكون لها كما حدده نص القانون .

ويعبر الفقه فى المانيا وايطاليا عن هذا الركن بأنه التطابق بين السلوك وبين النموذج القانونى للجريمة كما وصفه نص التجريم . فهو يسمى بالألمانية Tatbestandsmassigkeit وبالايطالية la corrispondsnza al tipo o allae fattispecie legale

فلا بد فى الركن المادى من سلوك خارجى . ولا يكفى فى تحقيقه محض النشاط النفسانى الباطنى . ذلك لأن القانون الجنائى لا يعاقب على مجرد النية cogitationibus poenam nemo patitur

---

(١) المرجع السابق — ص ١٠٤

وقد يبدو أن العقاب على الاتفاق الجنائى فى ذاته كجريمة خاصة ، يعتبر عقاباً على مجرد نية . غير أن الواقع غير ذلك . لأنه لابد فى الاتفاق من مظهر معبر عنه كايماءة رأس أو حركة عين أو توقيع بامضاء ، وليس هذا المظهر سوى سلوكاً خارجياً كافياً لاعتبار الواقعة متجاوزة محض النية الباطنية .

والمراد بالسلوك نشاط الانسان فى العالم الخارجى القائم حوله ، سواء تمثل فى حركة الجسم أو عضو من أعضائه أو فى سكون جثمانى . هو طريقة قيادة الانسان لنفسه ازاء العالم المحيط .

على أن للسلوك نظرية قانونية تختلف عن تصويره المادى ، على الأخص فى تقسيمها اياه الى سلوك ايجابى وسلوك سلبى .

ذلك لأنه بينما السلوك حسب التصوير المادى ،ينقسم الى حركة وسكون ، ولا يحتاج القول بوجود كل من الحركة والسكون ، الى أكثر من ملكة الاحساس لدى الانسان أى قدرته على ادراك مايحيط به من أمور العالم الخارجى ، فان تقسيم السلوك الى ايجابى وسلبى ، يتطلب من ناحية التسليم بوجود الصورة السلبية منه ، استخدام أداة أخرى فوق ملكة الاحساس والادراك ، وهذه الأداة قاعدة من القواعد كانت توجب فى واقعة الحال اتيان أمر معين تبين أنه كان فى السلوك الواقعى متخلفاً .

ومن جهة أخرى ، فانه بينما السكون ، من وجهة النظر الطبيعية ، يتمثل فى وقوف كلى عن الحركة ، فان السلوك السلبى من وجهة النظر القانونية ، لا يلزم أن يتمثل فى عدم الحركة ، بل يتوافر كذلك حتى فى حالة الحركة متى كانت هذه الحركة مغايرة لتلك التى كان اتيانها فى واقعة الحال واجباً بمقتضى قاعدة ما من قواعد السلوك .

وبينما السلوك الايجابى محل نظر قانوناً من ناحية ما تمثل فيه بالفعل من حركة أو حركات وقعت ، ودون تجاوز لحدوده المادية الى ما وراءها ، ومع انحصار كلى فى هذه الحدود ، فان السلوك السلبى على العكس ،

ليس محل نظر من القانون فى الجانب الفعلى الذى وقع منه ، بقدر ماهو كذلك فى الجانب الذى لم يقع منه فعلا .

وزيادة فى الايضاح نقول ، بينما محل الوزن فى السلوك الايجابى هو الوجود الواقعى ، فان محل الوزن فى السلوك السلبى هو عدم الوجود أى ما تخلف وكان يجب أن يتحقق .

وما دام ذلك هو معنى السلوك السلبى ، نستطيع أن نقرر ان الجريمة غير العمدية التى يتمثل ركنها المعنوى فى الاهمال وعدم الاحتياط ، يعتبر ركنها المادى على الدوام وفى جميع الأحوال سلوكاً سلبياً ، ولو كان لا يخلو من حركة ، لأن محل التجريم فيه ليس هو الشق الذى حدث ، بقدر ما هو انعدام الشق الذى تخلف وكان يجب أن يحدث .

أما الجريمة العمدية ، فيميزها عن غير العمدية أنه لا يلزم دائماً أن تتمثل فى سلوك سلبى ، وانما يجوز أن يكون ركنها المادى سلوكاً ايجابياً ، كما يجوز أن يكون سلوكاً سلبياً على ما سنرى عند الكلام على الجرائم الايجابية بطريق الترك .

على أن الذى يعنينا توجيه النظر اليه فى هذا المقام ، هو ما للسلوك قانوناً من نظرية تخالف نظريته المادية .

فلو أن شخصاً لم يذهب الى المسرح ليرى مقطوعة تمثيلية ، لا يمكن أن ينعت هذا السلوك من جانبه بوصف السلوك السلبى ، الا اذا كانت توجد قاعدة ما من القواعد تجعل ذهابه الى المسرح واجباً .

ولو أن شخصاً كان ينتظر من آخر عملا أيا كان ، ولم يقم هذا الآخر بالعمل المنتظر ، لا يكفى محض انتظار العمل للقول بأن الآخر ممتنع عنه أى اتخذ فى شأنه سلوكاً سلبياً ، حيث لا توجد أية قاعدة تلزمه باتيان هذا العمل .

والا ، فان الاستغناء عن القاعدة الموجبة للأمر ، واعتبار مجرد التقاعس عن تحقيقه سلوكاً سلبياً ، اكتفاء بأنه كان أمراً منتظراً ومع ذلك لم يتحقق ، مؤداهما الوصول بنظرية السلوك الى أغرب النتائج . فيعتبر سلوكاً سلبياً فى نظر القانون حتى امتناع المهدد عن تسليم المال المنتظر من القائم بالتهديد ، وامتناع التاجر عن المرور من السبيل الذى ينتظره فيه قاطع الطريق ! !

ومن أجل ذلك ، فقد صادف أستاذنا العالمى المغفور له الدكتور فيليبو جرسبينى عين الصواب وصميم الحق ، حين قرر أن نظرية الامتناع omissione هى نظرية تنظيمية شرعية normativa ، وليست نظرية مادية naturalistica بمعنى أنه لابد فيها من وجود قاعدة ما تضع على عاتق الشخص التزاما باتيان أمر تخلف وكان يجب أن يتحقق (١) .

ويستوى فى هذا الأمر المتخلف أن يكون تحقيق نتيجة واجبة لم تحدث وكان على الشخص احداثها ، أو منع نتيجة محظورة حدثت وكان على الشخص تلافيها .

فلكى يعتبر سلوك الشخص من ناحية الاحجام عن تحقيق النتيجة فى الحالة الأولى سلوكاً سلبياً ، لابد من قاعدة تلزمه بتحقيقها .

ولكى يعتبر سلوكه من ناحية الاحجام عن منع النتيجة فى الحالة الثانية سلوكاً سلبياً ، لابد من قاعدة كذلك تلزمه بمنعها .

ويستوى فى هذه القاعدة أن تكون قانونية أو أن تكون خلقية أو دينية بحتة .

فالمهم هو أن لتلك القاعدة وجوداً ، وأن وجودها لا غناء عنه فى سبيل القول بوجود الامتناع .

---

(١) Grispigni "Diritto Penale italiano" — Milano 1947 — Vol. II, — P. 30 e S.

غاية الأمر لا يكون للامتناع كيان فى نظر القانون الا حيث تكون القاعدة المذكورة قاعدة قانونية ، لا محض قاعدة دينية أو خلقية .

ولكن القاعدة أيا كانت ، وجودها لازم فى سبيل وجود الامتناع .

وللسبب نفسه ، فان الامتناع لا يمكن أن تكون له صلاحية التسبيب من وجهة نظر علم الطبيعة .

ذلك لأن الامتناع من الناحية الطبيعية يتمثل فى عدم وجود ، أى فى جانب من السلوك سقط وكان يجب أن يكون له فى السلوك وجود ، ولا يمكن فى مجال علم الطبيعة أن يعتبر عدم الحركة مسبباً اوجود أمر ما ، بدون قاعدة كانت توجب تلك الحركة لمنع هذا الأمر من الوجود .

واذا سأل شخص عالم الطبيعة عن سبب مسير مجرى المياه فى اتجاه معين ، أجابه ذلك العالم بأن هذا المسير متوقف على ميل الأرض وعمق القاع ونوع طبقات ما تحت الأرض ، وحجم المياه . أما أن انساناً ما لم يضع فى طريق المجرى سداً يحول مسيره الى اتجاه آخر ، فأمر لا محل لاثارته أصلا الا حيث توجد قاعدة كانت تلزم انساناً ما بأن يضع ذلك السد تحقيقاً لهذه الغاية .

واذا سألت عالم الطبيعة عن سبب دوران الأرض حول الشمس ، أجابك بالأسباب الطبيعية لهذا الدوران ، ولا يخطر له ببال القول بأن الأرض انما تدور حول الشمس لأنه لم يحدث أن جرماً ما من الأجرام السماوية منعها من هذا الدوران .

واذا مات طفل لعدم الغذاء ، فسبب وفاته هو عدم اشباع حاجة جسمه الى الطعام . هذا هو السبب فى نظر علم الطبيعة . أما أن انساناً ما لم يقدم له الطعام ، فهذا أمر لا محل لاثارته الا حيث توجد قاعدة كانت تلزم انساناً ما بأن يمد الطفل بذلك الطعام .

ولو أن مجنوناً ألقى بنفسه من نافذة المستشفى فوقع على الأرض صريعاً ، يعتبر سبب وفاته علماً ، القاؤه بنفسه من شاهق وما ترتب على ذلك

من تحطيم أعضاء جسمه . أما أن ممرض المستشفى لم يمنعه من ذلك ، فأمر لا محل لإثارته فى مجال علم الطبيعة ، وانما فى مجال قواعد السلوك وبالنظر الى القاعدة التى كانت تلزم الشخص المعهود اليه برقابة المجنون بأن يكون فى هذه الرقابة يقظاً ساهراً .

فهذه الأمثلة تقطع بأن وجود قاعدة ما من القواعد ، كما يلزم فى سبيل التسليم بوجود الامتناع ، بحيث لا تكفى لاظهار وجوده حواس الانسان الخمس ، يلزم كذلك فى سبيل التسليم بالصلاحية السببية للامتناع نفسه أى بصلاحيته لانتاج أمر ما .

وهذه هى الحقيقة التى تؤكد بكل من شقيها أن نظرية الامتناع نظرية تنظيمية شرعية ، وليست نظرية مادية طبيعية .

ومن البديهى أن القاعدة التى يتوقف على وجودها التسليم بوجود الامتناع ، يعامل الشخص على مقتضاها فيعتبر ممتنعاً ، بناء على كونها من القواعد التى يحيط بها علم الرجل العادى ، بحيث لو وجد هذا الرجل فى ذات ظروف الحال لكان يحس بندائها ويسير على مقتضاها .

وخلاصة ما تقدم ، أن للسلوك كعنصر أول فى الركن المادى للجريمة نظرية قانونية تغاير نظريته المادية من الوجوه الآتية :

١ — من وجهة أن الصورة السلبية للسلوك وهى التى تسمى بالسلوك السلبى أو الامتناع ، كما تتمثل فى سكون جثمانى ، قد تتمثل فى حركة متى جاءت هذه مغايرة للحركة الواجب اتيانها فى واقعة الحال .

٢ — من وجهة أن نظرية الامتناع نظرية تنظيمية شرعية ، لا مادية طبيعية لكون التسليم بوجود الامتناع لايتوقف على ملكة الادراك وحدها عند الانسان بل لابد له من قاعدة ما يستظهر وجود الامتناع على أساسها .

٣ — من وجهة أن الامتناع ليست له بالتبعية فى مجال الطبيعة صلاحية سببية ، اذ لابد للتسليم بهذه الصلاحية فيه من وجود القاعدة التى يستمد منها ظهوره .

ومن البديهى أن القاعدة التى يستمد منها وجود الامتناع فى حق الانسان قاعدة فى وسع الرجل العادى أن يدركها ويعمل على مقتضاها فى واقعة الحال. فان كان نشاط الانسان جارياً فى مجال خاص بفئة معينة من الفئات المهنية للناس ، وكان الفاعل أحد أفراد هذه الفئة ، فتكون القاعدة التى يستمد منها وجود الامتناع هى تلك التى يعلمها ويسير على مقتضاها فى ذات الظروف الرجل العادى من أفراد الفئة نفسها (كما فى مجال النشاط الطبى مثلا) ، ما لم يثبت أن لدى الفاعل علماً يفوق المستوى العادى المتوسط فى فئته ، فيؤاخذ عندئذ على مقتضى علمه الشخصى .

ولما كان الامتناع أو السلوك السلبى ليس محل مؤاخذة من القانون ، فى شقه الحادث ، بقدر ما هو كذلك فى شقه الذى لم يحدث ، فان هذه الخصيصة فيه هى التى تميزه عن السلوك الايجابى من جهة ، وهى التى تجعله من جهة أخرى الركن المادى دائماً فى الجريمة غير العمدية مادام الركن المعنوى لهذه الجريمة هو الاهمال وعدم الاحتياط[1] .

(ب) تقسيمات الجريمة على أساس طبيعة السلوك

بناء على تقسيمنا المتقدم للسلوك الى سلوك ايجابى وسلوك سلبى ، يمكن تقسيم الجريمة كذلك الى ايجابية وسلبية . ولا يبقى بعدئذ سوى الحديث عن تقسيمات الجريمة السلبية .

ولا محل فى المجال الحالى لعلاج تقسيمات تقليدية للجريمة على أساس طبيعة السلوك ، شاع الحديث عنها وقتلت بحثاً فى الفقهين الفرنسى والمصرى ، مثل تقسيمها الى جريمة بسيطة وجريمة اعتياد ، أو جريمة وقتية وجريمة مستمرة .

---

(1) وسبق أن قلنا إن الجريمة العمدية تتمثل تارة فى سلوك إيجابى ، وتارة فى سلوك سلبى كما فى الجرائم الإيجابية بطريق الترك مثلا .

وانما محل عنايتنا فى هذا المقام ، هو الحديث عن تقسيمات للجريمة توجد فى الفقهين الايطالى والألمانى وتميزهما عن سواهما .

ولذا ، فانه بعد الكلام عن تقسيمات الجريمة السلبية ، سنتكلم عن تقسيم الجريمة الى جريمة سلوك مجرد وجريمة حدث ، والى جريمة ضرر وجريمة خطر .

١ – تقسيمات الجريمة السلبية [١] :

متى استقر أن الجريمة السلبية هى تلك التى يتمثل ركنها المادى فى سلوك سلبى بالمعنى الذى بسطناه فيما تقدم ، فانه يمكن بعدئذ تقسيم هذه الجريمة الى :

(ا) جريمة السلوك السلبى المجرد .

(ب) وجريمة الحدث المتخلف .

(ج) والجريمة الايجابية بطريق سلبى .

فجريمة السلوك السلبى المجرد Reato di mera condotta omissiva يتحقق ركنها المادى بمحض سلوك سلبى أى بمحض امتناع عن اتيان حركة معينة يأمر بها القانون . ولا شك فى أن المراد بالقانون الآمر هنا القانون الجنائى ، ولو بطريق تبنيه أمراً تضمنه قانون اخر .

ومن ثم تتميز هذه الجريمة بأنها امتناع عن اتخاذ سلوك معين دون اعتداد بحدث ما ، بمعنى أنها ليست امتناعاً عن تحقيق حدث معين ، وانما هى امتناع عن سلوك مجرد ، دون أى اكتراث بحدث ما تخلف وكان يجب أن يتحقق . فالعنصر المتخلف فى الركن المادى المكون لها والذى يعتبر تخلفه بالذات

---

[١] Grispigni – المرجع السالف ذكره ص ٥٠ وما بعدها . ويقسم الأستاذ الدكتور على بدوى الجرائم السلبية الى مؤقتة كتخلف الشاهد عن الحضور الى المحكمة أو امتناعه عن تأدية الشهادة ، والى مستمرة كالامتناع عن تسليم طفل لمن له حق حضانته – " الأحكام العامة " ١٩٣٨ – ص ٧١ – هامش ٤

هو جوهر هذا الركن ، سلوك معين ، لا حدث معين . ومحض الاحجام عن اتيان هذا السلوك ، بصرف النظر عن كل اعتبار آخر ، هو الركن المادى المكون لجريمة السلوك السلبي المجرد .

ومن أمثلة هذه الجريمة فى قانون العقوبات المصرى ، جريمة ترك الموظف أو المستخدم العمومى عمله أو امتناعه عن تأدية عمل من أعمال وظيفته ، المنصوص عليها فى المادة ١٢٤ .

أما جريمة الحدث المتخلف Reato di omissione di evento ، فالركن المكون لها ، ليس هو تخلف سلوك معين من جانب الفاعل فحسب — كما هو الحال فى سابقتها — وانما هو تخلف حدث معين يأمر القانو ن بتحقيقه. هذا الحدث المتخلف والذى يعتبر التقاعس عن تحقيقه بمثابة الركن المادى المكون للجريمة ، تارة يتخلف نتيجة لسلوك سلبى من جانب الشخص ، وتارة يتخلف نتيجة لسلوك يبدو فى ظاهره إيجابياً .

فجريمة امتناع القاضى عن الحكم المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ من قانون العقوبات المصرى ، جريمة حدث متخلف بسبب امتناع أى بسبب سلوك سلبى [1].

أما جريمة التفالس بالتدليس أو جريمة التفالس بالتقصير المنصوص عليهما فى المواد ٣٢٨ ، ٣٣٠ ، ٤/٣٣١ من قانون العقوبات المصرى فتعتبر كل منهما جريمة حدث متخلف بسبب سلوك ايجابى من جانب التاجر المدين . أما الحدث المتخلف فهو دفع الديون الى الدائنين . وأما السلوك المفضى الى تخلف هذا الحدث ، فهو سلوك ايجابى فى ظاهره ، يتمثل طبقاً للمادة ٣٢٨ — الخاصة بالتفالس بالتدليس ، فى اخفاء الدفاتر أو اعدامها ،

---

(١) ومن قبيل ذلك أيضا جريمة الاحجام عن تبليغ أولى الأمر بمشروع لارتكاب جريمة ماسة بأمن الدولة . فالحدث المتخلف هنا هو وصول ذلك المشروع الى علم السلطات (يرجع الى المادة ٩٨ من قانون العقوبات المصرى) . وجريمة تعمد عدم تنفيذ كل أو بعض الالتزامات التى يفرضها — فى زمن حرب — عقد توريد أو أشغال (٨١ مكررا) .

أو فى اختلاس أو تخبئة جزء من المال اضراراً بالدائنين ، أو فى الاعتراف بديون وهمية ، ويتمثل طبقاً للمادة ٣٣٠ — الخاصة بالتفالس بالتقصير — فى انفاق مصاريف شخصية باهظة ، أو فى استهلاك مبالغ جسيمة فى القمار أو أعمال النصيب المحض و أعمال وهمية فى البورصة ، أو فى شراء بضائع لبيعها بأقل من سعرها أو اقتراض مبالغ أو اصدار أوراق مالية فى سبيل الظفر بنقود وتأخير شهر الافلاس ، أو فى الحصول على صلح بطريق التدليس ، كما يتمثل طبقاً للفقرة الرابعة من المادة ٣٣١ — الخاصة هى الأخرى بالتفالس بالتقصير — فى تأدية مطلوب أحد الدائنين عمداً بعد التوقف عن الدفع اضراراً بباقى الغرماء الخ ..

على أن هذا السلوك الايجابى المفضى الى تخلف الحدث ، ليس فى ذاته ولذاته محل وزن من جانب القانون . ذلك لأن محل الوزن فيه ، ليس الجانب الذى تحقق منه فعلا ، بقدر ما هو الجانب الذى تخلف فيه وكان يجب أن يوجد ، وهو العمل على تحقيق الحدث الذى تخلف ، أى العمل على الوفاء للدائنين بحقوقهم .

فهو فى الظاهر سلوك ايجابى ، بينما هو فى النهاية وفى حقيقة الأمر سلوك سلبى من ناحية كونه مغايراً للسلوك الذى كان واجباً فى واقعة الحال ، ومن ناحية الشق الناقص منه والذى كان من اللازم توافره .

ومن البديهى أن الشق المتخلف فى السلوك ، والذى ترتب على تخلفه أن تخلف الحدث كذلك ، هو عمل كان يجب اتيانه وأحجم الشخص عنه .

هذا العمل فى الصورة الأولى هو دراسة القضية من حيث الوقائع ومن حيث القانون ، وتكوين رأى فيها ، وتحرير الحكم أسباباً ومنطوقاً ، وهو فى الصورة الثانية الحرص على الحد من كافة صور الانحراف فى التصرفات المالية وضمان توفير الحصيلة اللازمة للوفاء بحقوق الغير .

ومن البديهى كذلك أن هذا العمل المتخلف ، متميز عن الحدث المتخلف . فبينما العمل المتخلف فى الصورة الأولى هو اعداد الحكم ،

فان الحدث المتخلف هو النطق بالحكم علناً ، وهذا النطق بالحكم لا يختلط لا زماناً ولا مكاناً بالمراحل السابقة عليه فى السلوك المفضى اليه . والعمل المتخلف فى الصورة الثانية هو الحرص على حقوق الغير ، بينما الحدث المتخلف هو الوفاء بحقوق الغير فعلا ، وهذا الوفاء الفعلى فى صورة وصول الحقوق فعلا الى جيوب أصحابها ، لا يختلط بالمراحل السابقة عليه والمؤدية اليه ، لا زماناً ولا مكاناً . فالحدث المتخلف متميز دائماً — حتى فى الزمان وفى المكان — عن السلوك المتخلف .

ولأن العنصر المميز لجريمة الحدث المتخلف ، هو بالذات هذا الحدث الذى تخلف وكان يجب أن يتحقق ، فانه تترتب على ذلك عدة آثار قانونية عملية نبينها فيما يلى :

(أولا) أنه لما كان الحدث المتخلف متميزاً من حيث الزمان عن السلوك المتخلف ، فان العبرة فى تحديد وقت وقوع الجريمة ، انما هى بالوقت الذى كان يجب أن يتحقق فيه الحدث ، بصرف النظر عن الوقت الذى تحقق فيه السلوك السلبى ، سواء أكان هذا السلوك سلبياً كذلك فى مظهره ، أو كان فى مظهره ايجابياً . وبناء على ذلك ، فانه اذا صدر قانون جديد يجعل لجريمة الحدث المتخلف عقوبة أشد ، يسرى هذا القانون اذا ما حل فى ظله وقت تخلف الحدث ، ولو كان السلوك السلبى الذى أفضى الى تخلفه ، قد تم واستنفد قبل العمل بالقانون المذكور .

ومن جهة ثانية فان مدة التقادم يبدأ سريانها فى جريمة الحدث المتخلف ، من اليوم التالى لليوم الذى كان يجب أن يتحقق فيه الحدث ومع ذلك تخلف ، أى من اليوم التالى لليوم الذى كان يجب فيه النطق بالحكم (بالنسبة لجريمة امتناع القاضى عن الحكم) ، أو لليوم الذى كان يجب فيه الوفاء بالدين (بالنسبة لجريمة التفالس) .

ومن جهة ثالثة ، فانه اذا صدر قانون بالعفو الشامل عن جرائم حدث متخلف ، وقعت من تاريخ معين حتى تاريخ معين ، يتعين لاستفادة

شخص ما من هذا القانون ، أن يكون الوقت الذى تخلف فيه تحقيق الحدث من جانبه واقعاً فى حدود التاريخ الذى تنتهى عنده الفترة المحددة قانوناً ، لا بعد هذا التاريخ . واذا صدر أمر بالعفو عن العقاب المستحق على جرائم ارتكبها شخص معين بالذات فى فترة معينة ، وكانت من جرائم الحدث المتخلف ، لا يسرى هذا الأمر على كل جريمة جاء وقت حدثها المتخلف بعد انتهاء تلك الفترة .

(ثانياً) لما كان الحدث المتخلف متميزاً من حيث المكان عن السلوك المتخلف ، فان العبرة فى تحديد المحكمة المختصة مكانياً بجريمة الحدث المتخلف ، انما هى بالمكان الذى كان يجب أن يتحقق فيه الحدث ، لا بالمكان أو الأمكنة التى تقاعس فيها الشخص عن اتيان العمل اللازم لتحقيق الحدث .

(ثالثاً) لما كانت جريمة الحدث المتخلف ، امتناعاً عن تحقيق حدث لا امتناعاً عن مجرد سلوك ، فانه يوجد فيها محل لتحقيق رابطة السببية من جهة ، ولتوافر الشروع من جهة ثانية ، وللتمييز بين العمد وبين الاهمال من جهة ثالثة .

فمن حيث رابطة السببية ، يجب أن تتوافر هذه الرابطة بين سلوك الشخص وبين الحدث المتخلف . فالمادة ١٤١ من قانون العقوبات المصرى مثلا ، تنص على عقاب كل موظف أو مستخدم عمومى مكلف بالقبض على انسان محكوم عليه أو متهم ، يهمل فى الاجراءات اللازمة لذلك بقصد معاونة هذا الانسان على الفرار . فلو أن الموظف أو المستخدم أصيب وهو يتعقب ذلك الانسان بشلل فجائى أقعده عن المضى فى أداء مهمته ، يكون هذا الشلل قاطعاً صلة السببية بين سلوكه وبين فرار الانسان المذكور ، على اعتبار أنه لم يكن هناك معاونون فى تلك اللحظة بالذات يمكن تكليفهم بتنفيذ مهمة القبض . وانما لو أن الموظف أو المستخدم تغافل عن اتخاذ اللازم للقبض حتى صار الانسان الفار قاب قوسين أو أدنى من حدود الدولة ، بحيث يكون من العبث اتخاذ اللازم للقبض عليه عندئذ ، وتحرك لديه الشعور بالواجب فى هذه اللحظة المتأخرة غير أنه أصيب فيها بمرض أفقده

وعيه فتمكن الانسان من الفرار ، لا يكون له الاعتذار بالمرض المذكور ، لأنه حتى ولو لم يتحقق هذا المرض ، ما كان يمكن القبض فى تلك اللحظة على الانسان الفار (1) .

ومن حيث الشروع ، فانه من المتصور عملا الشروع فى جريمة الحدث المتخلف ، بسبب كون هذا الحدث بالذات هو الذى يعتبر تخلفه مكوناً للركن المادى فى الجريمة . فلو أن المستخدم المكلف بنقل مقبوض عليه الى مكان معين ، ترك هذا الأخير يمضى فى الطريق الى سيارة تتيح له الفرار ، غير أنه قبل أن يبلغ المقبوض عليه هذه السيارة ، فطن الى الأمر حارس آخر فأعاد القبض عليه قبل أن يصل الى السيارة ، فان المستخدم المذكور يعتبر شارعاً فى جريمة حدث متخلف ، وهى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ١٤٠ من قانون العقوبات والمتمثلة فى التغافل عن نقل مقبوض عليه الى مكان معين ، وذلك بتركه يفر وبالتقاعس عن ايجاده فى هذا المكان الذى كان واجباً أن ينقل اليه .

أما فى جريمة السلوك السلبى المجرد ، فان الشروع غير متصور ، لأنه فور اتيان الشخص لهذا السلوك ، أى فور احجامه عن اتخاذ السلوك الواجب قانوناً ، تم الجريمة على صورتها الكاملة ، ولا يتصور تحققها على صورة ناقصة .

---

(1) هذه المشكلة لها محلها كذلك حتى فى جريمة السلوك السلبى المجرد ، متى كان هناك وقت معين كان من المتعين أن يتخذ فى حدوده السلوك المتخلف . فلو أن موظفا ما كان عليه أن يتواجد فى مكان العمل بساعة معينة من تاريخ معين ، وغادر البلاد الى الخارج قبل هذا التاريخ بساعات قلائل ثم أصيب بمرض بعد برهة يسيرة من وصوله الى الخارج أقعده عن العودة الى عمله فى الساعة المحددة ، فإنه حتى اذا كان — وقت الاصابة بهذا المرض — قد عدل عن نية عرقلة سير العمل أو الاخلال بانتظامه — وهى النية اللازم توافرها لقيام جريمة ترك العمل — لا يجوز له التحدى بالمرض ، لأنه حتى اذا كان هذا المرض لم يتحقق ، ما كان يمكن على أية حال الحاق بمكان العمل فى الساعة المعينة لذلك ، ومن ثم لا يعتبر المرض قوة قاهرة قاطعة لصلة السببية بين سلوك الشخص فعلا ، وبين تخلف السلوك الذى كان واجبا عليه ولم يتخذ . (يرجع فى ذلك الى جرسبينى — المؤلف السابق ذكره — ص ٥٣ — هامش ٥٧) .

وهناك مثال آخر تثور فيه مشكلة السببية بصدد جريمة حدث متخلف ، كما اذا علم شخص بمشروع جريمة ماسة بأمن الدولة وأرسل بلاغا الى السلطات عن هذه الجريمة ، ولكن البلاغ لم يصل الى السلطات (يرجع الى المادة ٩٨ ع وما سبق ذكره فى هامش ١ من صحيفة ٤٦).

ومن حيث الركن المعنوى للجريمة ، يكون من الممكن عملا التميز بين التعمد وبين الاهمال فى جريمة الحدث المتخلف ، تبعاً لما اذا كان تخلف الحدث مقصوداً أو غير مقصود ، على ما فعله القانون فى جريمة التفالس . أما فى جريمة السلوك السلبي المجرد ، فلا محل فيها لتلك التفرقة ، لأنه لا دخل لأى حدث فى تكوينها ، ومن ثم ينحصر مجال ركنها المعنوى فى السلوك المكون لها بدون حدث .

بقى بعد ذلك الكلام على النوع الثالث للجريمة السلبية ، وهو الذى يسمى بالجريمة الايجابية بطريق سلبي reato commissivo mediante omissione

وهذه الجريمة يتمثل الركن المادى المكون لها فى الاحجام عن منع حدث وقع وكان يجب أن يتخلف [1] .

وهى تختلف عن جريمة السلوك السلبي المجرد من جهة ، وجريمة الحدث المتخلف من جهة أخرى .

أما وجه اختلافها عن جريمة السلوك السلبي المجرد ، فهو فى أنها لا تتحقق قانوناً الا اذا وقع حدث معين ، فى حين أن هذه الأخيرة تتوافر بمجرد عدم اتخاذ سلوك معين يأمر به القانون وبصرف النظر عن تحقق أو عن تخلف حدث ما .

ووجه اختلافها عن جريمة الحدث المتخلف ، هو فى أنها احجام عن منع ، بينما الأخيرة احجام عن تحقيق ، وفى أنها احجام عن منع حدث محظور وقوعه ، بينما جريمة الحدث المتخلف احجام عن تحقيق حدث واجب الوقوع .

---

(١) وقد سميت بالجريمة الايجابية بالنظر الى وقوع ذلك الحدث المحظور وعلى الرغم من أنها فى حقيقة الأمر جريمة سلبية داخلة كنوع فى تقسيمات الجريمة السلبية . ولهذا الاعتبار الأخير سميت " الجريمة الايجابية بطريق سلبى " أو الجريمة الايجابية بطريق الترك .

فمثال الجريمة الايجابية بطريق سلبي ، تسبب أم فى وفاة طفلها لاحجامها عن ارضاعه . ذلك لأن الركن المادى هنا يتمثل فى الاحجام عن منع حادث محظور وقوعه هو وفاة الطفل .

وتتطلب هذه الجريمة وقفة وتأملا فى القاعدة الجنائية المستمد منها تجريمها . هذه القاعدة تتكون فى الواقع من شقين : شق يعتبر ناهيا وهو بالذات الشق الذى ينهى عن تحقيق الحدث ولابد من وجود هذا الشق فى نص من نصوص القانون الجنائى نفسه ، وشق يعتبر آمرا وهو بالذات الشق الذى يوجب العمل على منع وقوع الحادث المحظور ، أى الذى يستمد منه الالتزام بالعمل ، وهذا الشق كما يوجد فى قانون العقوبات نفسه ، قد ينبعث من مصدر آخر غير قانون العقوبات .

هذا المصدر الآخر للالتزام بالعمل ، قد يكون فرعا آخر من فروع القانون العام غير قانون العقوبات ، مثل القانون الإدارى (كما فى التزام عامل الإنقاذ على الشواطىء باتخاذ اللازم لنجدة المهددين بالغرق) ، وقد يكون فرعا من فروع القانون الخاص ولاسيما قانون الأحوال الشخصية ، وقد يكون العرف أو أمرا اداريا أو حكما قضائيا .

بل قد يكون مصدره عقدا (كما فى التزام الحارس الخاص بالعمل على منع السرقة إذا ما تعمد الإخلال بهذا الالتزام تيسيرا للسرقة ، وكما فى التزام الممرض بالسهر على العناية بالمريض ، وكما فى التزام مدير دار للاستشفاء بأن يمد بالغذاء نزيل هذه الدار الخ . . .) .

وقد يكون مصدره شبه عقد كالفضالة ، كما فى التزام الطبيب الذى يتطوع بعلاج مريض فاقد لوعيه بأن يمده بكافة أساليب التطبيب الكفيلة بمنع وفاته ، على الرغم من عدم وجود رضاء من جانب المريض أو من يمثله بأن يتولى ذلك الطبيب العلاج .

وقد يكون مصدر الالتزام بالعمل سلوكا سابقا صدر من الشخص نفسه سواء أكان هذا السلوك السابق مشروعا أو محظورا . فمن قبيل السلوك السابق المشروع ، أن يحدث شخص ما حفرة فى الطريق العام بناء على اذن بذلك ، فينشأ على عاتقه الالتزام بأن ينبه المارة الى وجود هذه الحفرة . ومن قبيل السلوك السابق المحظور ، مثال واقعى فصلت فيه محكمة النقض المصرية اذ قضت بأنه « لانزاع فى أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضربا مبرحا وتركه فى مكان منعزل محروما من وسائل الحياة بنية القتل يعتبر قتلا عمدا متى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال » [1] . ففى هذا المثال ، نشأ على عاتق الفاعل التزام بأن يمد المجنى عليه بالطعام تبعا لسلوك سابق جعل به المجنى عليه فى حالة عجز عن تظفير نفسه بالطعام .

على أنه متى تحقق الحدث الذى يعلق القانون وجود الجريمة عليه ، لا يكون هناك محل لاستمرار الالتزام بالعمل على منع الحدث . فلو أن شخصاً ملتزماً بتفادى الحريق فى مصنع به مواد قابلة للالتهاب ، أغفل هذا الالتزام فترتب على ذلك أن شبت الحريق ، فان تقاعسه بعد ذلك عن اطفاء الحريق لا يجعله مرتكباً لحريق عمد ، لأن العبرة فى القصد الجنائى بالنية المعاصرة للحدث الاجرامى لابالنية الطارئة فى وقت لاحق لوقوع هذا الحدث فعلا .

والالتزام بالعمل ، لا تختلف مصادره فحسب ، وانما يختلف كذلك من حيث النوع ومن حيث الطبيعة ومن حيث المدى .

فمن حيث النوع ، قد يكون التزاماً عاماً واقعاً على عاتق أى مواطن كائناً من كان ، وقد يكون التزاماً مهنياً أو وظيفياً واقعاً على عاتق أفراد ينتمون الى مهنة أو وظيفة معينة ، وقد يكون التزاماً فردياً واقعاً على عاتق شخص معين بالذات فى موقف معين .

ومن حيث الطبيعة ، قد يكون صريحاً معبراً عنه خصيصاً فى نص قانونى ، وقد يكون ضمنياً مستفاداً من وجود الملتزم فى ظروف معينة أو على صلات خاصة بالشخص المقرر الالتزام لصالحه .

---

(1) نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٣٦ – مجموعة القواعد القانونية . ج ٤ رقم ٢٨ ص ٢٧

ومن حيث المدى أى من حيث ما يتطلبه الالتزام من تضحيات ، يتوقف كل التزام على طبيعة العمل الذى يؤديه الملتزم والطاقة المادية لهذا الأخير . فالتزام الأب بتوفير العلاج الطبي لابنه المريض مثلا ، يتوقف مداه على القدرة المادية لهذا الأب .

بعد ما تقدم ، بقى أن نبين الآثار القانونية المترتبة على طبيعة الجريمة الايجابية بالطريق السلبي ، ونجمل هذه الآثار فيما يلى :

(أولا) لما كانت هذه الجريمة تتمثل فى الاحجام عن منع حدث محظور ، فانه يتوافر فيها هى الأخرى مجال لتحقيق وجود صلة السببية أو عدم وجودها بين ذلك الاحجام وبين تحقق هذا الحدث ، كما أنه من المتصور فيها الشروع كذلك ، كما اذا تركت أم طفلها دون اطعام بقصد احداث وفاته ، حتى أشرف على الموت ، وعندئذ تقدم شخص اليه بالطعام فأنقذه من الوفاة .

وتتفق الجريمة الايجابية بطريق سلبي ، مع جريمة الحدث المتخلف — من حيث ضرورة توافر صلة السببية ومن حيث قابلية الشروع للتصور — ولكنها تختلف فى الأمرين عن جريمة السلوك السلبي المجرد التى لا يوجد فيها أى مجال لا لرابطة السببية ولا لامكان الوقوع على صورة ناقصة .

(ثانياً) أنه لما كان وقوع الحدث المحظور عنصراً فى الجريمة الايجابية بطريق سلبي ، فانه كما يصح أن يكون هذا الحدث مقصوداً ، يصح كذلك أن يكون غير مقصود ، ومن ثم يوجد محل للكلام عن الصورة العمدية وعن الصورة غير العمدية فى الجريمة الايجابية بطريق الترك ، شأنها فى ذلك شأن جريمة الحدث المتخلف .

والواقع — وهذا رأينا الشخصي — أن كل جريمة غير عمدية فى القانون يتمثل ركنها المادى فى الاحجام عن منع حدث محظور ، تعتبر جريمة ايجابية بطريق سلبي ، ولكن العكس غير صحيح ، بمعنى أنه ليست كل جريمة ايجابية بطريق سلبي ، جريمة غير عمدية ، فقد تكون عمدية .

ذلك لأن محل التجريم فى الجريمة غير العمدية — على ما قدمنا — ليس هو الشق الحادث من السلوك فعلا بقدر ما هو اغفال الشق الذى تخلف منه وكان من الواجب أن يتحقق ، أى اغفال واجب الاكتراث بالآخرين عند العمل فى سبيل الذات ، وبالتالى اغفال الالتزام بالعمل على منع وقوع الحدث المحظور [١].

أما جريمة السلوك السلبى المجرد ، فكل الممكن فيها — كما قلنا — أن يكون السلوك الواجب اتخاذه قد أغفل عمداً أو أغفل اهمالا ، ولا مجال للكلام فيها عن حدث مقصود أو غير مقصود ، اذ لا وجود لحدث ما فى ركنها المادى .

٢ — فى جريمة السلوك وجريمة الحدث :

اذا كان السلوك — على ما بينا — هو طريقة توجيه أو قيادة الانسان لنفسه ازاء العالم المحيط ، فان الحدث يمكن تعريفه بأنه كل تغيير فى العالم المادى أو فى العالم النفسى ، يعلق عليه قانون العقوبات جزاءاً جنائياً ، سواء تحقق هذا التغيير بناء على سلوك ايجابى أنتجه أو بناء على سلوك سلبى لم يمنعه من الوقوع [٢] .

والحدث — كعنصر فى الركن المادى للجريمة — ليس أى تغيير يحدث فى العالم المادى أو العالم النفسى كأثر للسلوك ، وانما هو بالذات ذلك التغيير الذى يجعله قانون العقوبات محلا للتجريم .

---

(١) فإن لم تكن الجريمة غير العمدية جريمة ايجابية بطريق سلبى أى جريمة احجام عن منع حدث محظور — وهذا هو الغالب فيها — فإنها قد تكون جريمة حدث متخلف أى جريمة احجام عن تحقيق حدث واجب ، ولو أن الصورة الأخيرة نادرة وقد رأينا لها مثالا فى التفالس بالتقصير . وعلى أية حال ، فإن الجريمة غير العمدية ، ولو أنها ليست جريمة سلوك سلبى مجرد إذ لابد لوجودها من حدث وقع وكان يجب أن يتخلف ، أو تخلف وكان يجب أن يقع ، فإنها دائما وفى جميع الأحوال جريمة سلبية لا جريمة ايجابية ، لكون الشق محل النظر فى السلوك المكون لها هو الشق الذى تخلف وكان يجب أن يتحقق .

(٢) Grispigni — op. cit. — p. 59 e. s.

وذلك لأن كل سلوك – أيا كان – يحدث متى اتخذ على الأقل صورة الحركة الجسمية ، تغييراً ما فى العالم المادى أو النفسى ، سواء أكانت الحركة صادرة من الجسم كله أو من عضو من أعضائه .

فمجرد المشى فى الطريق يحدث تغييراً فى العالم المحيط على الأقل فى الفراغ الهوائى الذى يسير خلاله من يمشى .

ومجرد الكلام يحدث تغييراً كذلك فى العالم المحيط رغم أنه يصدر من بعض أعضاء الجسم لا من الجسم كله ، أى من الحنجرة واللسان ، وهذا التغيير هو ما تحدثه الكلمات المنطوق بها من ذبذبات صوتية تجوب الفضاء وتطرق سمع الغير .

فكل سلوك لابد من اقترانه بتغيير فى العالم الخارجى متى اتخذ صورة الحركة الجسمية .

بل قد رأينا – وهذه نظرية شرعية لا مادية – أن محض السكون الجثمانى يقوم فى نظر القانون مقام الحركة الجسمية فى تسبيب تغيير حدث فى العالم الخارجى ، متى كان على الساكن التزام بأن يعمل على منع هذا التغيير ومع ذلك أحجم .

على أنه مهما كانت التغييرات التى يحدثها السلوك – من الناحية المادية – فى العالم المادى أو النفسى ، فانه ليس لازماً أن تكون كل هذه التغييرات محل اكتراث من جانب القانون .

فالقانون لا يعنيه منها سوى بعض دون البعض الآخر .

بل ان هذا العبض الذى يكترث به القانون ، ليس واحداً ، فى كل فروع القانون . فالقاعدة مثلا أنه بينما يعنى القانون الجنائى بالتغييرات الفورية اللصيقة بالسلوك الاجرامى دون اكتراث بالتغييرات اللاحقة ، نجد الفروع الأخرى للقانون مثل القانون المدنى تعنى بهذه الأخيرة .

وقد قلنا ان التغيير الذى يقترن بالسلوك أو يترتب عليه ، قد يحدث فى العالم المادى وقد يحدث فى العالم النفسى .

فمن قبيل التغيير فى العالم المادى الاعتداء على جسم الغير بضرب أو جرح . ومن قبيل التغيير فى العالم النفسى التفوه علناً بألفاظ قذف أو سب تطرق سمع الغير وتحدث فى نفسه آثاراً .

غير أنه ليس من اللازم أن يكون العالم المادى أو العالم النفسى الذى يحدث فيه السلوك تغييراً ، خارجاً عن ذات الشخص الذى يسلك .

فهو — وان كان كذلك غالباً — قد لا يكون كذلك فى بعض الأحيان .

فقد يحدث التغيير فى العالم المادى أو النفسى المندمج فى صاحب السلوك نفسه ، لا العالم المحيط به أى الخارج عنه ، كما اذا أحدث شخص بجسمه جروحاً بقصد التهرب من الخدمة العسكرية (م ٤٩ ، ٥٠ من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٧) ، فهذا حدث أوقعه على جسمه هو كجزء من العالم المادى ، وكما اذا حصل انسان على سر من أسرار الدفاع عن البلاد (م ٨٠ من قانون العقوبات) ، فهذا حدث تحقق فى باطنه هو كجزء من العالم النفسى .

ومن أجل ذلك ، لا يشترط فى التعريف بالحدث كعنصر فى الركن المادى لجريمة ما ، أن يكون العالم المادى أو النفسى ، الذى يتحقق فيه هذا الحدث ، خارجاً ومتميزاً عن صاحب السلوك نفسه .

على أن نص التجريم هو الذى يحدد ما اذا كان حدث ما لازماً وقوعه (أو تخلفه) فى سبيل وجود الجريمة .

فقد يكون السلوك الانسانى منتجاً لحدث بالفعل ، دون أن يكون هذا الحدث عنصراً فى الجريمة ، لأن نص التجريم حين وصف الجريمة ، لم يتطلبه كعنصر فى الركن المادى المكون لها .

وبناء على ذلك ، فانه يمكن تعريف جريمة السلوك المجرد reato di mera condotta ، بأنها تلك الجريمة التى يكتفى النص فى وصف الركن المادى المكون لها ، بسلوك معين ، دون أن يستلزم فى سبيل وجودها أن يترتب على هذا السلوك أو أن يتخلف بسببه ، حدث ما . ولا شك فى أن تلك الجريمة هى التى سبق أن أشرنا الى الصورة السلبية منها حين تحدثنا عن جريمة السلوك السلبى المجرد . ولكن يصح أن تتحقق بسلوك ايجابى ، أى بسلوك هو فى ذاته محل تجريم من ناحية ما صدر منه بالفعل لا من ناحية جزء تخلف رغم وجوب تحققه . ومن قبيل جريمة السلوك الايجابى المجرد ، جريمة الفعل الفاضح ، وجريمة الرشوة ، وجريمة الشهادة الزور ، وجريمة احراز السلاح بدون ترخيص [1] .

وتظهر أهمية التمييز بين جريمة السلوك المجرد وبين غيرها من الجرائم ، فى أنها جريمة لا يتصور فيها الشروع [2] ، وفى أنه لا يتصور كذلك أن يتعدد فيها الفاعل مع وحدة الجريمة وان كان يمكن أن يوجد فيها مساهم بصفته شريكاً بالاتفاق أو المساعدة أو التحريض ، وفى أن مكانها وزمانها يتحددان بمكان وزمان السلوك المكون لها ، وفى أنه لا محل فيها لرابطة سببية ، اذ لا يتطلب القانون فى تكوينها حدثاً ما حتى تبحث صلة المعلول بالعلة بينه وبين السلوك .

أما جريمة الحدث reato di evento ، فهى تلك الجريمة التى يتطلب القانون كعنصر فى ركنها المادى ، وقوع تغيير معين فى العالم الخارجى كنتيجة لسلوك معين . وسبق أن رأينا صورة من هذه الجريمة فى حالة وقوع الحدث بناء على سلوك سلبى ، أى نتيجة الاحجام عن منعه (الجريمة الايجابية بطريق الترك) . ولكنها تتحقق — وهذا هو الغالب — حين يقع الحدث بناء على سلوك ايجابى منتج له حسب الناموس السببى المادى

---

(١) تدخل فى ذلك جريمة خيانة الأمانة اذا ما تمت بسلوك ايجابى أفصح عن تغير نية الحيازة الى نية التملك . أما اذا تمت بسلوك سلبى لم يتعد الامتناع عن رد الأمانة الى صاحبها ، فتكون عندئذ جريمة سلوك سلبى مجرد . وفى الحالتين لا يتصور فيها الشروع .

(٢) فإما أن تقع الجريمة كاملة وإما ألا تقع أصلا ، ولا يتصور أن تقع على صورة ناقصة .

هذه الجريمة تنقسم بدورها إلى جريمة حدث غير مؤذ ، والى جريمة حدث سيء .

فجريمة الحدث غير المؤذى reato con evento non offensivo يتميز الحدث الداخل عنصرا فى ركنها المادى بأن القانون لا يشترط فيه أن يلحق أذى بانسان ما . فقد يكون على العكس حدثا نافعا لا مؤذيا — بالنظر إلى الشخص الذى كان محله المباشر — كما فى معاونة الجانى على الفرار من وجه القضاء (م ١٤٥ع) . وقد يكون حدثا من شأنه أن يؤذى إنسانا ، غير أن القانون لايشترط لوجود الجريمة أن يترتب عليه أذى فعلى ، كما فى جريمة الاتفاق الجنائى ، وجريمة البلاغ الكاذب ، وجريمة القذف وجريمة السب . فعلى الرغم من أن الحدث فى هذه الجرائم من شأنه الإيذاء حسب الغالب فى الأمور ، إلا أن القانون لا يتطلب لتوافر الجريمة أن يتحقق بالفعل هذا الإيذاء . ولا أدل على ذلك من أنه قد يتخلف الأذى بالفعل رغم وقوع الحدث المحظور ، ومع ذلك لا ينتفى وجود الجريمة . فقد لا تؤثر الفاظ السب فى النيل من شرف واعتبار من وجهت فى حقه لأن هذا أقوى فى أعين الناس وأكرم من أن تصاب سمعته بسوء ، ومع ذلك تظل جريمة السب قائمة لأنه لا يلزم لوجودها أن تسبب الالفاظ المكونة لها ضررا فعليا [1] .

أما جريمة الحدث السيء reato con evento offensivo فيتميز الحدث الداخل عنصراً فى تكوينها ، بأنه يلزم قانوناً أن يلحق بانسان ما ضرراً فعلياً ، أو يلزم على الأقل أن يعرض هذا الانسان لخطر الضرر . وفى هذه الحالة

---

(١) ومن البديهى أن كل جريمة يدخل فى ركنها المادى حسب نص القانون حدث معين ، أيا كان هذا الحدث ، يتصور فيها الشروع عملا ، كما أنها هى المجال الذى تبحث فيه رابطة السببية للتحقق من توافرها .

لا تقوم الجريمة الا اذا تحقق هذا الضرر فعلا أو اذا وجد هذا الخطر حقيقة . وهذا ما يسوقنا الى الكلام على التقسيم التالى للجريمة وهو تقسيمها الى جريمة ضرر وجريمة خطر .

٣ – جريمة الضرر وجريمة الخطر :

هذا التقسيم يدور حول فرع من فروع التقسيم السابق ، وهو بالذات الفرع المسمى بجريمة الحدث السيىء .

وقبل الكلام عن تقسيم الجريمة الى جريمة ضرر وجريمة خطر ، يتعين التمهيد لذلك بالتفرقة بين ما يسميه الايطاليون بالموضوع المادى للسلوك الاجرامى oggetto materiale della condotta ، وما يسمونه بالموضوع القانونى للجريمة oggetto giuridico del reato ، أو موضوع الوصاية الجنائية oggetto della tutela penale .

فالموضوع المادى للسلوك الاجرامى ، هو المحل الذى يرد عليه مباشرة هذا السلوك ، انساناً كان هذا المحل أو حيواناً أو شيئاً .

أما الموضوع القانونى للجريمة أو موضوع الوصاية الجنائية ، فهو ذلك المال المادى أو المعنوى الذى قصد صونه بتقرير العقاب على السلوك الماس به ، لكون سلامة هذا المال شرطاً جوهرياً من شروط حق المجتمع فى الكيان والبقاء أو ظرفاً مكملا لهذا الشرط ، على ما بينا حين تكلمنا على النظرية العامة فى التجريم .

وليس من اللازم أن يتحد الموضوع المادى للسلوك الاجرامى مع الموضوع القانونى للجريمة . فهما ان اندمجا سوياً فى بعض الحالات ، قد يفترقان ويتميز الواحد منهما عن الآخر فى كثير من الحالات .

فجريمة القتل مثلا ، من الحالات التى يندمج ويتحد فيها معاً الموضوع المادى للسلوك والموضوع القانونى للجريمة . ذلك لأن الموضوع المادى

للسلوك فيها هو حياة المجنى عليه ، وهذه الحياة هى بعينها الموضوع القانونى للجريمة من حيث كون صيانتها من الشروط الجوهرية اللازمة لحق المجتمع فى الكيان والبقاء ، ومن حيث كون هذه الصيانة هى أساس التجريم أى أساس تقرير العقاب على فعل القتل .

وانما كثيراً ما يختلف الموضوع المادى للسلوك عن الموضوع القانونى للجريمة . فالتاجر المتوقف عن الدفع والذى يعدم دفاتره ، ويرتكب بذلك جريمة تفالس بالتدليس ، موضوع نشاطه المادى هو هذه الدفاتر بل قل حقوق دائنيه أنفسهم ، أما الموضوع القانونى للجريمة فهو انتظام سير المدفوعات بين كل مدين ودائنه من حيث كونه شرطاً أساسياً من شروط وجود التجارة كدعامة من دعائم الاقتصاد القومى ، وذلك لأن حصول كل دائن على ماله يتوقف عليه وفاء هذا الدائن بما عليه ، وأن التوقف عن الدفع من جانب تاجر من شأنه أن تمتد آثاره الى غير هذا التاجر ، فعدم وفاء التاجر بديونه نحو المورد ، معناه أن المورد بدوره لا يفى بديونه نحو المصنع ، وأن المصنع لا يفى بديونه نحو عماله ونحو موردى المواد الأولية اليه وهكذا .. ، فينزل الاضطراب وتعم الأضرار ، الأمر الذى من أجله اعتبر المشرع وفاء التاجر بما عليه من ديون — بالنظر الى طبيعة ميدان التجارة وتشابك وتلاحق حلقات الاتصال بين المشتغلين فيه — شرطاً جوهرياً يتوقف عليه حق المجتمع فى الكيان والبقاء فجعل الاخلال به مكوناً بالتالى لجريمة التفالس (١) .

وجريمة التزوير ، الموضوع المادى لسلوك فاعلها هو المحرر ، وأما الموضوع القانونى لها فهو ما يسميه الايطاليون الايمان بالمستندات ، أى ما جبل عليه الناس من قابلية التأثر فى تكوين عقيدتهم ، بالوثائق والمستندات . فالتغرير بهذه القابلية معناه فى نظر المشرع الاخلال بشرط جوهرى يتوقف عليه حق المجتمع فى الكيان والبقاء ، هو الامتناع عن الغش .

(١) يرجع فى ذلك الى رسالتنا بالايطالية La tutela penale dei diritti privati di obbligazione, Roma, 1950.

وجريمة افشاء سر المهنة ، الموضوع المادى لسلوك فاعلها ، هو السر المودع لديه ، وموضوعها القانونى هو صيانة حق الجاهلين بفن ما فى الالتجاء الى الاخصائيين فى هذا الفن ، وما يقتضيه هذا الالتجاء من الافضاء بسر يعتبر البوح به ضرورة لازمة فى سبيل أداء الأخصائى لوظيفته . فلا شك فى أن افشاء هذا الأخير للسر الذى اقتضت مهنته أن يقف عليه ، ينفر الناس من الالتجاء اليه ، وبالتالى ينزل بهم حرجاً كبيراً ويعوق اشباع حاجتهم الماسة الى الاخصائيين فى كافة المهن ، الأمر الذى من أجله اعتبر المشرع ذلك الإفشاء مخلا بشرط جوهرى يتوقف عليه حق المجتمع فى الكيان والبقاء(١) .

وجريمة احداث الانسان أضراراً بجسمه فى سبيل التخلص من الخدمة العسكرية ، الموضوع المادى لسلوك فاعلها هو جسم هذا الفاعل نفسه ، فى حين أن موضوعها القانونى هو حق الدولة فى التعويل على سواعد أبنائها للذود عن كيانها وبقائها وهكذا ...(٢) .

ومتى استقر وجه التفرقة بين الموضوع المادى للسلوك الاجرامى وبين الموضوع القانونى للجريمة أو موضوع الوصاية الجنائية ، يتبين بجلاء كيف أن الأول يوجد فى النص ذاته وفى الوصف الذى حدد به النص السلوك المحظور ، فى حين أن الثانى لا يوجد فى النص وانما وراء النص أى يمثل الحكمة من النص نفسه .

وينبنى على ذلك أيضاً ، أن أساس التفرقة بين جريمة الضرر وجريمة الخطر ، ليس هو الموضوع القانونى للجريمة ، وانما هو الموضوع المادى لسلوك الجانى .

فقد قلنا ان الموضوع القانونى هو دائماً منع المساس بشرط يعتبره المشرع من الشروط الجوهرية التى يتوقف عليها حق المجتمع فى الكيان

---

(١) يرجع فى ذلك الى مؤلفنا فى القسم الخاص من قانون العقوبات .

(٢) سبق أن قلنا انه اذا لم يكن الموضوع القانونى شرطا جوهريا من شروط حق المجتمع فى الكيان والبقاء فإنه يكون فى القليل ظرفا مكملا لهذا الشرط .

والبقاء. والجريمة من حيث كونها مساساً بهذا الشرط ، يستوى فى تكييف مساسها به أن يكيف هذا المساس على أنه اضرار أو على أنه تعريض للخطر . فهو مساس فحسب . وان شئت فقل هو على الدوام اضرار بحق المجتمع فى الكيان والبقاء .

ووجه التفرقة بين جريمة الضرر وجريمة الخطر ، انما يوجد مجاله بالتبعية لا فى الموضوع القانونى للجريمة ، وآنما فى الموضوع المادى لسلوك فاعلها ومن ناحية ما يرد عليه هذا السلوك مباشرة .

ففى هذا المجال ومن هذه الناحية ، تنقسم الجرائم الى جرائم ضرر وجرائم خطر .

فجريمة الضرر هى التى يتطلب القانون فى ركنها المادى حدوث ضرر معين . والضرر هو ازالة أو انقاص مال ما ، مادياً كان هذا المال أو معنوياً . والمال هو كل ما يشبع حاجة انسانية مادية كانت هذه الحاجة أو معنوية . وله هنا معنى واسع يشمل كافة ما يتوقف عليه اشباع حاجة ، ولو لم يكن ذا كيان مادى ملموس . وبهذا المعنى يعتبر مالا حتى الهدوء فى الليل ، أو سرية المراسلات مثلا . وسبق أن تحدثنا عن معنى المال وعن معنى الضرر فى موضع آخر نحيل اليه (١) .

وجرائم الضرر بهذا المعنى ، عديدة لا تحصى . فيكفى أن يتطلب القانون لوجود الجريمة أن يتحقق ضرر معين كعنصر فى الركن المادى المكون لها ، كى تصبح بذلك جريمة ضرر بحيث يتعين على القاضى التحقق من أن هذا الضرر قد وقع فعلا وأن الجريمة قد استكملت بوقوعه أركان وجودها . فمن قبيل هذه الجرائم جريمة الضرب المفضى الى عاهة مثلا ، وكافة جرائم الاعتداء على سلامة البدن ، وجرائم الاعتداء على المال .

---

(١) يرجع الى مؤلفنا فى القسم الخاص من قانون العقوبات — ١٩٥٨ — ص ٢١٤ — والبحث المنشور فى مجلة الحقوق بالعددين الأول والثانى من السنة السادسة تحت عنوان "فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للجريمة والعقاب" .

أما جريمة الخطر ، فهى التى يتطلب القانون فى ركنها المادى توافر خطر معين ، بحيث لا يكون للجريمة وجود الا اذا حقق سلوك الفاعل هذا الخطر . ومن أهم الأمثلة لها جريمة الشروع أى الجريمة الناقصة . ومن قبيلها جريمة تعريض طفل للخطر المنصوص عليها فى المادتين ٢٨٥ ، ٢٨٧ . والخطر معناه أن يتوافر بسلوك الفاعل موقف يكون فيه قدر ذو شأن من العوامل الميسرة لوقوع الضرر ، ولو لم يتحقق الضرر فعلا . وسبق أن عرفنا الخطر فى موضع آخر فنحيل اليه [١] .

فاذا لم يكن وجود الجريمة متوقفاً لا على ضرر ولا على خطر ، فاما أن تكون جريمة سلوك مجرد واما أن تكون جريمة حدث مطلق ليس بلازم أن يكون سيئاً على ما سلف بيانه [٢] .

(ج) فكرة الرجل العادى فى تصوير الركن المادى

سبق أن رأينا دور هذه الفكرة فى التجريم أصلا من ناحية كون الجريمة ذاتها سلوكاً شاذاً لا يسلكه الرجل العادى فى نفس الظروف ، ودورها فى تحديد السبب المبيح ، ثم دورها فى اعمال آثار هذا السبب رغم تخلفه فى الواقع ، وذلك بناء على الاعتقاد بوجوده .

على أن تلك الفكرة لا يقف مداها عند ما تقدم ، بل لها دورها كذلك حتى فى تصوير الركن المادى لجريمة تقرر وجودها قانوناً .

ويبدو ذلك من عدة وجوه .

(أولا) من ناحية رابطة السببية فى جرائم الحدث .

---

(١) يرجع الى مؤلفنا السالف ذكره ص ٢١٤ وما بعدها .

(٢) تسمى الجريمة فى الحالتين الأخيرتين بالجريمة الشكلية reato formale اذا ما تطلب القانون أن يكون سلوك الفاعل موجها الى هدف معين بدون اشتراط تحقق هذا الهدف فعلا ، فى حين أن الجريمة التى يتطلب القانون فيها تحقق الهدف الذى يسعى اليه الفاعل تسمى بالجريمة المادية reato materiale Grispigni — op. cit. — p. 81 e. s.

(ثانياً) من ناحية توافر الغش فى جرائم الغش .

(ثالثاً) من ناحية توافر الركن المادى فى الجريمة المستحيلة مع التسليم بالعقاب عليها فى كافة حالاتها .

(رابعاً) من ناحية تفسير المقصود بمصطلحات وردت فى النص دون تحديد لمدلولها .

فمن ناحية رابطة السببية فى جرائم الحدث [1] ، سبق أن قررنا فى موضع آخر [2] ، أن لها قانوناً معنى يغاير معناها فى علم الطبيعة ، وأن فكرة الرجل العادى عنصر جوهرى فى معناها القانونى .

ذلك لأن سلوك الانسان يعتبر سبباً قانونياً لحدث معين ، اذا كان — حسب ما علمته التجربة — وبالاضافة الى العوامل السابقة والمعاصرة واللاحقة التى فى وسع رجل عادى أن يدركها لو وجد فى نفس الظروف ، متضمناً احتمال وقوع ذلك الحدث .

والاحتمال — ولو كان ضعيفاً — يختلف عن مجرد الامكان .

فمعناه دائماً وجود قدر ذى شأن من العوامل الميسرة لوقوع الحدث . وهذا الاحتمال بعينه — متى كان الحدث المحتمل وقوعه ضاراً — هو الذى يسمى بالخطر .

أما مجرد الامكان فيختلف عن الاحتمال من جهتين :

من جهة أن الحدث الممكن ليس وشيك الوقوع مثل الحدث المحتمل .

---

(١) المقصود دائما بجريمة الحدث ، أية جريمة يدخل فى ركنها المادى تغيير معين يلزم حدوثه فى العالم المادى أو النفسى كنتيجة لسلوك الجانى ، ومن ثم نفضل أن نسمى الجريمة التى يرتكبها حدث من الناس ، بجريمة الصغير ، كى لا تختلط بجريمة الحدث على معناها المتقدم .

(٢) القسم الخاص فى قانون العقوبات — ١٩٥٨ — ص ١٣٩ وما بعدها .

ومن جهة أن مجرد الامكان — كما عرفناه فى موضع آخر [1] — معناه أن يتوافر محض ظرف قد يكون فى وقت ما ميسراً لانتاج حدث ما ، دون أن ينتظر نتاج هذا الحدث منه ، لا فى الحال ولا فى وقت قريب ، بل ولا فى وقت قابل للتحديد مقدماً ، اذ تتوقف صلاحية الظرف المذكور لانتاجه على انضمام عامل أو عوامل أخرى الى هذا الظرف ، لا يمكن التكهن بالوقت الذى تنضم فيه .

وضربنا مثلا لذلك الامكان المجرد ، بوجود كوم من التبن أو القش وهو مادة قابلة للاحتراق ، وسط عدد من المساكن . فمجرد وجود هذا الكوم لا يهدد المساكن المحيطة بخطر الحريق ولو أنه صالح لأن يكون فى وقت ما عاملا موصلا للحريق اليها ، ذلك لأن هذه الصلاحية مشروطة بأن ينضم عامل آخر لا يمكن التكهن بوقت انضمامه ، وهو أن يصاب الكوم بشرر من نار .

هذا مجرد امكان الحدث ، وهو ليس احتمالا — على ما هو ظاهر .

فاذا كان الحدث الممكن وقوعه ضاراً ، فان مجرد امكان وقوعه لا يعتبر بمثابة الخطر — كما هو الحال فى الاحتمال — وانما يجوز اعتباره بمثابة خطر الخطر .

وسلوك الانسان كى يعتبر سبباً لحدث ما — فى نظر القانون — يلزم كما قلنا أن يتضمن احتمال وقوع هذا الحدث لا مجرد امكان وقوعه ، وذلك لا فى ذاته ومجرداً ، وانما بالاضافة الى العوامل السابقة عليه والمعاصرة اياه واللاحقة له والتى فى وسع رجل عادى أن يدرك وجودها أو احتمال طروئها لو أنه وجد فى ذات مكان صاحب السلوك .

وسنرى أن الاحتمال لا مجرد الامكان هو أساس توافر الركن المعنوى فى الجريمة كما رأينا الآن أنه — فى الركن المادى — أساس توافر رابطة السببية .

---

(1) المرجع السابق ص ٢١٧

والمعول عليه – كما هو ظاهر – فى مؤاخذة الانسان على مقتضى العوامل السابقة على سلوكه والمعاصرة اياه واللاحقة له ، هو العلم الذى يحيط بهذه العوامل ويتوافر لدى رجل عادى من الناس لو أن هذا الرجل وجد فى مكان ذلك الانسان .

فلو أن انساناً صفع رجلا كهلا نحيلا ، فوقع هذا على الأرض وارتطمت رأسه بها فمات ، يعتبر قانوناً سبب وفاة هذا الكهل ، لأن عامل شيخوخة المجنى عليه – كعامل سابق على السلوك ومعاصر له – كان فى وسع رجل عادى أن يدركه وأن يقدر آثاره لو أنه وجد فى ذات مكان الجانى وكان بمكنه أن يتوقع وقوع الكهل بسببه على الأرض وارتطام رأسه بها على نحو يحدث الوفاة .

غير أنه لو فرضنا أن ذلك الانسان لكم رجلا فتياً بديناً على صدره ، فمات هذا الرجل من جراء تلك اللكمة البسيطة بسبب وجود مرض خطير فى قلبه ، فان الفاعل لا يعتبر سبباً قانونياً لهذا الموت ، رغم أنه – من وجهة النظر العلمية – يعتبر له سبباً . وعلة عدم اعتباره سبباً للحدث ، فى نظر القانون ، رغم أنه كذلك فى نظر علم الطبيعة ، أن عامل المرض القلبى للمجنى عليه – وهو هنا عامل سابق على السلوك ومعاصر له – لم يكن فى وسع رجل عادى أن يعلم به أو يدركه لو وجد فى ذات مكان الجانى .

ومن البديهى أنه لو كان لدى الجانى علم شخصى بالمرض المذكور سواء لما ترامى اليه من أخبار عن المجنى عليه ، أو لأن هذا الأخير صاح هو نفسه بوجود هذا المرض فيه قبل أن يعتدى عليه ، فيكون الجانى فى هذه الحالة سبباً لوفاة المجنى عليه ، لا علماً فحسب ،وانما قانوناً كذلك .

وما رأيناه الآن فى صدد العامل السابق والمعاصر ، يصدق كذلك فى شأن العامل اللاحق للسلوك .

فلو أن انساناً جرح آخر فى أصبعه عمداً ، فأهمل هذا الآخر عمداً فى علاج نفسه تسويئاً لحالته ومضاعفة للمسؤولية على عاتق جارحه ،

وترتب على ذلك أن تجاوزت مدة علاج الجرح عشرين يوماً ، فان هذا الاهمال المتعمد من جانب المجنى عليه – كعامل لاحق لسلوك الجانى – يعتبر من العوامل التى فى وسع رجل عادى أن يتوقع طروءها لو وجد فى ذات مكان الجانى ، وبالتالى يسأل الجانى على مقتضى هذا العامل اللاحق رغم أنه ليس فعله الشخصى ، وبوصف أنه من عواقب هذا الفعل .

أما اذا بتر الجريح اصبعه بتراً ، فلا يعتبر جارحه سبباً قانونياً لهذه العاهة لأن الرجل العادى لو وجد فى ذات مكان الجانى ، ما كان يتوقع بحال ما أن يصنع المجنى عليه بنفسه ذلك .

وما قلناه فى صدد وجود رابطة السببية بمعناها القانونى ، يسرى كذلك فى شأن انقطاع وجودها .

فلو أن انساناً طعن آخر بخنجر فى مواطن قاتلة من جسمه طعنات من شأنها احداث الوفاة ، ونقل المجنى عليه الى المستشفى ، غير أنه فى المستشفى ألقى المجنى عليه بنفسه من شاهق فخر صريعاً ، قبل أن تصرعه جروحه ، فان سلوك الجارح رغم أنه كان من شأنه احداث وفاة الجريح يصبح منقطع الصلة بوفاة هذا الأخير على النحو الذى حدثت به ، لأن الرجل العادى لو وجد فى مكان الجانى ما كان يمكن أن يتوقع القاء المجنى عليه بنفسه من أعلى المستشفى .

ففكرة الرجل العادى كما هو واضح مما تقدم ، تلعب دورها سواء فى وجود رابطة السببية بمعناها القانونى بين سلوك الجانى وبين الحدث ، أو فى انقطاع هذه الرابطة .

وفوق ذلك – وهذا هو المجال الثانى لها – تؤدى تلك الفكرة وظيفة هامة فى صدد توافر الغش بجرائم الغش .

فقد تكون جريمة الغش نصباً أو تزويراً . ومما لا شك فيه أنه يلزم لاعتبار سلوك الجانى مكوناً للغش بالمعنى المقصود فى الركن المادى لهذه الجرائم

أن يكون من شأن هذا السلوك خداع الرجل العادى المكون منه معظم الناس ، لو أن السلوك نفسه اتخذ مع هذا الرجل .

وتطبيقاً لذلك استقر الفقه والقضاء فى ايطاليا على أنه اذا كان الزيف فى المحرر عديم الجدية الى حد المزاح ، فاضحاً الى درجة تجعل الاصطناع فيه بادياً للعيان فور النظرة الأولى ، لا يعتبر تغيير الحقيقة به على هذا النحو مكوناً لجريمة تزوير (١) .

ففيما يتعلق بجرائم الكذب — حتى ولو كان شفوياً — لا يتدخل القانون الجنائى بالجزاء الا بالنسبة للأكاذيب التى تبلغ جسامتها حداً يجعلها قابلة لأن تنطلى على الرجل العادى الذى تتكون منه غالبية الناس .

ولهذه العلة ، فان محض الكذب العارى لا يكفى لتكوين ركن الاحتيال فى جريمة النصب ، لأن أى رجل عادى من الناس فى استطاعته أن يفطن الى ذلك الكذب عند التمحيص الأول له على أثر ابدائه ، فان هو قصر فى هذا التمحيص وأغفل حق نفسه عليه من الحذر واليقظة ، فلا يلومن الا نفسه ، ولا يخف القانون الجنائى الى نجدة النائمين من أمثاله ، ولا تتوافر فى حق الفاعل الكاذب جريمة نصب (٢) .

فالكذب المكون للركن المادى فى جرائم الكذب ، يلزم فيه أن يكون على جانب من الجدية يكفى لغزو عقيدة رجل عادى ممن يكونون أغلبية الناس .

ومعيار الرجل العادى فى هذا المجال ، يعتد به فيما يتعلق بمستوى المجنى عليه .

---

(١) Francesco Antolisei "Manuale di diritto penale" Parte speciale, Milano, 1954, II, par. 133, p. 492. Giustizia penale, ونقض ايطالى ٤ أبريل ١٩٥٠ 1950, 11, it 47. ومؤلفنا فى القسم الخاص من قانون العقوبات — ١٩٥٨ — ص٩٢ ومابعدها .

(٢) يرجع فى ذلك الى شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" للعميد الدكتور محمود محمود مصطفى — طبعة ١٩٥٨ — ص ٤٤٠ ، ٤٤١ وأحكام النقض المذكورة فيه بذلك الموضع .

وانما لهذا المعيار أهميته فيما يتعلق بمستوى الجانى كذلك ، وذلك فى بعض من الحالات يعتبر بمثابة المجال الثالث الذى تلعب فيه فكرة الرجل العادى دوراً فى تكوين الركن المادى .

فاذا أخذنا بالرأى القائل بالعقاب على الجريمة المستحيلة كصورة من صور الشروع فى الجريمة ، أيا كان نوع الاستحالة ، وهذا هو الرأى الذى رجحته المحكمة العليا الألمانية (١) ، ومحكمة النقض المصرية (٢) ، فانه على الرغم من ذلك ، لا يصح أن يكون سلوك الفاعل بالغاً من حيث استحالة الوصول الى الهدف المقصود منه حد السذاجة .

فنحن نسلم بالرأى الموجب للعقاب حتى اذا كانت الاستحالة مطلقة ، سواء تعلقت بالموضوع أو بالوسيلة ، لأننا نعرف الشروع فى الجريمة بأنه كل فعل يقطع بأن فاعله قد اجتاز المسافة المعنوية من التردد بين الاقدام والاحجام ودخل فعلا فى تنفيذ قصده الاجرامى ، وهذا التعريف ينطبق على كل سلوك كشف عن اجتياز تلك المسافة المعنوية ولو كان بدون علم من صاحبه غير صالح لانتاج الحدث الاجرامى المقصود .

وما دام ذلك الرأى مبناه — لا خطورة الفعل وانما خطورة الفاعل ، فمن البديهى أنه لا يصبح هناك محل للعقاب بعقوبة الشروع حيث تنتفى فى الفاعل كل خطورة ، أى حين ينتهج فى سبيل تحقيق الحدث الاجرامى

---

(١) فقد حكمت المحكمة العليا الألمانية بتوافر الشروع فى القتل بواقعة نفذ فيها الجانى سلوكه بقصد القتل على طفل ولد ميتا ، وبتوافر الشروع فى التسميم رغم استخدام مادة غير صالحة للتسميم ، والشروع فى الاجهاض رغم وقوع السلوك على امرأة غير حامل ، وكذلك رغم استخدام وسيلة ليس من شأنها احداث الاجهاض . أنظر فى ذلك Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen على التوالى 17, 158 - 8, 198 - 24, 382 - 1, 451.

(٢) أنظر نقض ١٣ ديسمبر ١٩١٣ (المجموعة الرسمية س ١٥ رقم ١٨ ص ٣٩ — عن شروع فى التسميم رغم استخدام مادة غير ضارة) ونقض ١٦ مايو ١٩٣٢ محاماة س ١٣ رقم ١٠ ص ٣١ عن شروع فى قتل رغم استخدام بندقية غير صالحة لإخراج المقذوف .

أسلوباً يقطع كل رجل عادى بعدم جدواه فى انتاج هذا الحدث ، لو أنه وجد فى ذات مكان الفاعل .

فاذا لجأ شخص مثلا الى مباشرة طقوس سحرية بقصد احداث وفاة عدو له ، أو اذا وضع فى طعام هذا العدو شراب الكينا ظناً منه أن هذا الشراب يحدث التسمم ومع العلم بأنه شراب الكينا بالذات لا شراب آخر ، فانه لا يعتبر شارعاً فى القتل على أى الحالين ، لأنه على سذاجة تهبط به عن مستوى الرجل العادى وتجرده من أية خطورة تستوجب العقاب [1] .

وبذا يتضح أن الركن المادى لبعض الجرائم — حتى اذا كانت مستحيلة — لا يتحقق الا بسلوك له من الجدية ما لسلوك الرجل العادى ، بحيث اذا تجرد من هذه الجدية لا يصدق عليه نص التجريم .

وأخيراً ، فان لفكرة الرجل العادى دوراً فى تحديد مدلول الاصطلاحات القانونية المستخدمة فى نصوص القانون الجنائى بدون تعريف لها . فمن قبيل هذه الاصطلاحات ، اصطلاح الفعل الفاضح المخل بالحياء (م ٢٧٨ ع) واصطلاح « خدش الشرف والاعتبار » (م ٣٠٦ ع) ، واصطلاح « الأمور التى لو كانت صادقة لأوجبت احتقار الشخص عند أهل وطنه » (م ٣٠٢ ع).

فليست العبرة فى تحديد الفعل المخل بالحياء ، أو القول الخادش للشرف والاعتبار ، أو الأمر الموجب للاحتقار ، بعقيدة من يشكو من ذلك الفعل أو من هذا القول أو الأمر ، وانما العبرة فى ذلك بعقيدة الرجل العادى لو أنه تعرض للفعل أو القول أو الأمر نفسه .

---

(١) وهذا ما نص عليه مشروع قانون العقوبات الموحد فى المادة ٤٢ منه . فبعد أن قررت المادة عقوبة الشروع فى صورة الجريمة المستحيلة ، ولو كانت الاستحالة فيها مطلقة ، استبعدت العقاب فى حالة سذاجة الفاعل . وفيما يلى عبارة المادة " اذا استحال تحقق الجريمة التى قصد الفاعل ارتكابها لقصور الوسيلة أو لانعدام الموضوع وجب تطبيق أحكام الشروع عليه . ولا يعاقب الفاعل فى هذه الحالة اذا أتى فعله عن غير فهم " . وجاء فى المذكرة التفسيرية للمادة "اذا كانت نية الفاعل ساذجة لا خطر منها على المجتمع لصدورها عن عدم فهمه ، كمن يستعين بالسحر للقتل معتقدا أنه يصل به الى تحقيق جريمته ، فلا عقاب على الفاعل فيها " .

فقد ينسب انسان الى قول أو أمر ما ، معنى خدش الشرف والاعتبار ، أو معنى الأمر الموجب للاحتقار ، فى حين أنهما لا ينطويان — حسب عقيدة الرجل العادى فى المجتمع — على هذا المعنى أو ذاك ، وعندئذ لا يمكن أن تتوافر فيمن صدر منه ذلك القول أو الأمر جريمة سب أو قذف .

وفضلا عن ذلك ، فان عقيدة القاضى نفسه ، لا عبرة بها فى تحديد معنى الاصطلاحات الواردة فى النص ، أمام عقيدة الرجل العادى .

فقبلة فى الطريق العام ، تعتبر - طبقاً لعقيدة الرجل العادى فى مصر فعلا فاضحاً علنياً . فمن تبادلا هذه القبلة تتحقق من جانبهما جريمة الفعل الفاضح العلنى ، ولو كان القاضى الذى يفصل فى أمرهما ، بحكم معيشته السابقة فى بلد أجنبى ، قد كون عن مثل فعلهما عقيدة مغايرة ، واعتقد فيه الاجازة والاطلاق .

ذلك لأن العقيدة التى تحدد للاصطلاح الوارد فى النص معناه ، هى عقيدة السواد الغالب فى المجتمع الذى وضع هذا النص لحكمه ، لا عقيدة القاضى الذى يطبق النص . ولما كان الرجل العادى هو الذى يكون هذا السواد الغالب ، فالعبرة اذن بعقيدته هو ، ما لم يتطور المجتمع نفسه ويسلك أغلبية الناس فيه مسلكاً مغايراً ويكونوا رأياً آخر ، فتكون العبرة عندئذ بالمسلك الجديد والرأى الجديد .

ولقد فرغنا بعد ما تقدم ذكره من علاج بعض المشاكل التى يثيرها الركن المادى فى الجريمة ، وننتقل الآن الى الكلام على ركنها الثالث وهو الركن المعنوى .

(٥)
فى الركن الثالث
الركن المعنوى

اذا كان الركن المادى للجريمة هو الوجه الخارجى المحسوس للسلوك المكون لها كما وصفه نص التجريم ، فان ركنها المعنوى هو الوجه الباطنى

النفسانى لهذا السلوك . والنص هو الذى يحدد كذلك هذا الوجه الباطنى النفسانى .

وأيا كان ذلك الوجه ، فانه بصفة عامة ، لا يتعدى انتساب السلوك الى نفسية صاحبه . فليس بمستبعد أن يسلك الانسان بجسمه سلوكاً معيناً ، دون أن تكون نفسه راضية هذا السلوك . هذا ما يحدث مثلا فى حالة الاكراه المعنوى .

بل انه كثيراً ما يتخلف فى واقعة الحال ذلك القدر الأدنى من الارادية اللازمة للقول حتى بأن الجسم قد سلك سلوكاً ما ، كما لو صار الجسم أداة فى يد قوة خارجة عنه وأفلت زمامه من صاحبه ، على ما يحدث فى الامساك بيد شخص وقهرها عنفاً على التوقيع بامضاء ، وفى القذف بجسم شخص مادياً على جسم شخص آخر . فهنا ينعدم السلوك نفسه أصلا ، أى يتخلف منه لا الركن المعنوى فحسب وانما الركن المادى كذلك .

فالمقصود بالركن المعنوى اذن ، باعتباره لازماً فى الجريمة لزوم ركنها المادى ، هو انتساب السلوك الى نفسية صاحبه . appartenenza psicologica del fatto al suo autore

ومتى استقر فى الأذهان ذلك المعنى ، يكون هناك محل بعدئذ للكلام عن صورتى الركن المعنوى وهما : القصد والاهمال ، ثم عن الأسباب النافية للركن المعنوى .

(ا) التفرقة بين القصد والاهمال

اذا كان القصد هو تأييد الارادة لأمر ما قبل أن يقع ، فان الاهمال هو اغفال الانتباه اللازم لمنع وقوع هذا الأمر ان كان محظوراً أو لمنع تخلفه ان كان واجباً (على التوالى ، جريمة الحدث المحظور ، وجريمة الحدث المتخلف) .

وبينما العنصر الجوهرى فى النشاط النفسانى المفضى الى القصد ، هو ملكة الارادة ، فان العنصر الجوهرى فى النشاط النفسانى المفضى الى الاهمال ، هو ملكة الانتباه [1] .

وبينما الحكمة من تقرير العقاب على الجريمة العمدية ، هى منع الانسان من تعمد ايذاء غيره ، فان الحكمة من تقريره على الجريمة غير العمدية ، هى منع الانسان من عدم الاكتراث بغيره .

فمن حق الانسان أن يسلك كافة المسالك الكفيلة بتحقيق مصالحه المشروعة ، وإنما عليه أن يتجنب فى هذه المسالك نية الحاق أذى اجرامى بغيره ، وعليه كذلك أن يتوخى اليقظة اللازمة لصون صوالح الغير من الأذى ، وذلك أثناء وجوده فى غمرة السعى وراء صالحه الذاتى .

والمفروض فى الرجل العادى الذى لا يجرم ، لا عمدا ، ولا إهمالا ، أن ملكة الارادة لديه لاتنعقد على نية اجرامية ، وأن ملكة الانتباه عنده دائمة اليقظة لا تقطعها أثناء الاحتكاك بمجال الآخرين نوبة من الغفلة .

والقانون بتوقيعه العقاب على مرتكب جريمة عمدية انما يحمل متمردا على أن يتأدب ، وبتوقيعه العقاب على مرتكب جريمة غير عمدية انما يحمل غافلا على أن يتنبه .

على أن التفرقة بين العمد وبين الإهمال تجد مجالها الرئيسى فى جرائم الحدث ، أى فى الجرائم التى يتطلب القانون فى ركنها المادى وقوع تغيير معين فى العالم المادى أو النفسى . ففى هذه الجرائم على الأخص يحق التساؤل عما اذا كان تحقيق ذلك التغيير ناتجاً عن تعمد أو عن اهمال .

---

[1] يرجع فى تحديد الملكات النفسية الى مؤلفنا فى علم الاجرام – الجزء الأول – ١٩٦١ – ص ٣٩ وما بعدها .

هذا اذا كان تغييراً محظوراً . فان كان تغييراً واجباً (جريمة الحدث المتخلف) ، يحق التساؤل كذلك عما اذا كان إغفال تحقيقه ناتجاً هو الآخر - باعتباره اغفالا - من عمد أو من اهمال .

أما جرائم السلوك المجرد فالأمرفيها يتطلب تفصيلا تبعاً لما إذا كان السلوك المكون لها ايجابياً أم سلبياً .

فان كان ايجابياً فلا محل فيه لأية تفرقة بين العمد وبين الإهمال لأن مجرد اتخاذه دليل فى ذاته على انصراف الارادة إليه أى على كونه مقصودا . وسبق أن ضربنا أمثلة لجرائم السلوك الإيجابى المجرد بجريمة الفعل الفاضح وجريمة الرشوة وجريمة احراز السلاح بدون ترخيص .

على أنه كثيراً ما تكون جريمة السلوك المجرد محلا للتفرقة بين العمد وبين الاهمال ، حين يدخل فى عناصر السلوك المكون لها عنصر العلم بأمر ما وارتضائه رغم العلم به ،لأنه حيث يتخلف هذا العلم ينتفى القصد ولايبقى مجال بعدئذ إلا للإهمال .

فجريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة - وهذه جريمة سلوك ايجابى مجرد يتم بمحض حيازة هذه الأشياء - يلزم فيها العلم بمصدر الأشياء نفسها وبكونها متحصلة من جريمة . فحيث يتخلف هذا العلم لا تتوافر الجريمة فى صورتها العمدية رغم الحيازة ، وان كان يبقى محل للبحث فيما اذا كان الحائز قد أغفل الانتباه الواجب فى التحرى عن مصدر الأشياء ، الأمر الذى لا يقيم له القانون الجنائى اعتباراً ، لعدم تجريم السلوك فى الصورة غير العمدية منه .

وجريمة الشهادة الزور ، جريمة سلوك ايجابى مجرد يتم بمحض التخبير بعد حلف اليمين بأمر كاذب لا نصيب له من الصحة ، وانما يلزم فيها العلم بكذب هذا الأمر ، فاذا تخلف هذا العلم بأن باح الشاهد بأمر كاذب معتقداً أنه صادق ، وذلك لنقص فى ملكة وعيه أو ملكة انتباهه وقت مشاهدته

للأمر موضوع الشهادة ولما جبل عليه غالبية الناس من ميل آلى أعمى نحو تكملة مواضع النقص أو النسيان فى رواية الوقائع بأمور من صنع الخيال يتفادون بها الظهور بمظهر عدم المعرفة ، فانه فى هذه الحالة ينتفى القصد ، ويبقى بعدئذ محل للبحث فيما إذا كان الادلاء بالأمر الكاذب راجعاً الى إغفال الانتباه الواجب فى تحرى الصدق ، الأمر الذى لا يعتد به القانون الجنائى لعدم تجريم الصورة غير العمدية من شهادة الزور.

ذلك عن جريمة السلوك الايجابى المجرد.

أما اذا كان السلوك المكون للجريمة سلوكا سلبياً مجرداً ، أى يعنى القانون فى شأنه لا بما تحقق منه فعلا وانما بما أغفل تحقيقه وكان يجب أن يحدث ، فيوجد فيه محل للتفرقة بين ما اذا كان الواجب اتخاذه قد أغفل عمداً أم أغفل إهمالا. وهذه تفرقة تسمح بها طبيعة الأمور بصرف النظر عما اذا كان القانون يقيمها فعلا أولا يعنى باقامتها فى التجريم.

يخلص مما تقدم أن أهم مجال للتفرقة بين العمد وبين الاهمال ، هو مجال جرائم الحدث لا جرائم السلوك : سواء أكان الحدث — حسب ما يتطلبه القانون — سيئاً أو غير سيء ، وسواء أكان الحدث السيء ، ضرراً أو كان خطراً (أى تغييرا فى العالم المادى نخشى منه وقوع الضرر) .

بعد هذه المقدمة عن مجال التفرقة بين العمد والإهمال ، نتكلم الآن عن معيار التفرقة بينهما ، متخذين من جرائم الحدث بالذات ، ومن جرائم الحدث السيء، ميدانا لإيضاح هذا المعيار المميز بينهما وبيان ماهية كل منهما .

والواقع أن العمد والاهمال يتفقان فى وجه مشترك بينهما وهو ارادية السلوك الذى أفضى الى الحدث .

ويتفقان كذلك فى أن كلا منهما يفترض وجود صلة السببية بين ذلك السلوك وبين الحدث الذى ترتب عليه .

ففى هذين الأمرين يختلط العمد بالإهمال .

أما فيصل التفرقة بينهما فيظهر من وجهين نفسانيين .

الوجه الأول هو أن تحقيق الحدث يكون الباعث المحرك للسلوك فى حالة العمد ، بينما لا يكون كذلك فى حالة الإهمال .

والوجه الثانى يتعلق بدرجة توقع الرجل العادى للحدث لو أنه كان فى ذات مكان صاحب السلوك . فاذا كان من شأن الرجل العادى أن يتوقع الحدث على أنه أكيد الوقوع ، بأن كانت جميع العوامل المتضافرة مع السلوك ميسرة لوقوعه ، أو كان من شأنه أن يتوقع الحدث على أنه قوى الاحتمال ، بأن كانت العوامل الميسرة لوقوع الحدث طاغية على العوامل الحائلة دون تحققه ، كنا فى صدد حدث مقصود .

ولا محل للاستعانة بالوجه الثانى إلا حيث لا تكفى الاستعانة بالوجه الأول — ويكون ذلك فى المجال الذى يقع فيه حدث لم يكن تحقيقه هو الباعث المحرك للسلوك ، أى فى المجال الذى يتحدث فيه الشراح عما يسمى بالقصد الاحتمالى (١) . ومن قبيل الأمثلة على ذلك اغراق باخرة بدافع الحصول على مبلغ التأمين عليها لا بدافع قتل ركابها ، فيموت مع ذلك بعض ركابها غرقاً ، أو دفن قنبلة فى ميدان فسيح بدافع القاء الرعب لا بدافع القتل ، فيموت بفعل شظاياها عند انفجارها بعض المارة فى ذلك الميدان . فلأن الحدث هنا مما يتوقعه الرجل العادى على أنه أكيد الوقوع أو قوى الاحتمال ، يعتبر — رغم أنه ليس الباعث المحرك للسلوك ، حدثاً مقصوداً ، فيسأل مغرق الباخرة عن قتل عمد كما يسأل عن قتل عمد من دفن القنبلة .

وهنا نلمس مرة أخرى — وفى مجال الركن المعنوى — الدور الذى تؤديه فكرة الرجل العادى فى التفرقة بين الحدث الواقع بناء على تعمد وبين الحدث الواقع بناء على اهمال .

---

(١) يرجع فى نقد هذه التسمية الى بحثنا الخاص " بفكرة القصد وفكرة الغرض والغاية " السابق أن أشرنا اليه .

أما اذا وقع الحدث فى ظروف لم يكن فيها هو الباعث المحرك لسلوك الفاعل ، كما لم يكن من شأن الرجل العادى فى هذه الظروف أن يتوقع ذلك الحدث على أنه أكيد الوقوع أو قوى الاحتمال ، فلا يعزى الحدث عندئذ الى عمد من جانب الفاعل ، وانما يعزى الى اهمال وعدم احتياط .

والمقصود بذلك أن يكون وقوع الحدث محتملا مجرد احتمال أو محتملا احتمالا ضعيفاً . فالاحتمال الضعيف ، معناه وجود قدر من العوامل الميسرة لوقوع الحدث يطغى عليه مع ذلك قدر العوامل الحائلة دونه ، فى حين أن الاحتمال المجرد معناه تساوى العوامل الميسرة لوقوع الحدث مع العوامل العائقة له (١) .

وقد قلنا أن رابطة السببية يلزم لتوافرها قانوناً، بين السلوك وبين الحدث ، أن يكون السلوك متضمناً بالاضافة الى العوامل السابقة والمعاصرة واللاحقة احتمال وقوع هذا الحدث . فالاحتمال — ولو كان ضعيفاً — لا مجرد الامكان هو الذى يحقق رابطة السببية . وهو الذى يحقق فى الوقت ذاته على ما بينا الآن ، احدى صورتى الركن المعنوى وهى صورة الاهمال من جانب صاحب السلوك .

---

(١) ضربنا فى مؤلفنا عن القسم الخاص فى قانون العقوبات مثالا لاحتمال وقوع الحدث ، بكون زيد يضع السم فى طعام بكر ، فيتناوله عمرو الذى يؤاكل بكرا بعلم من زيد فى نفس الطبق يوما دون يوم ، أو الذى يؤاكله بعلم من زيد فى بعض أيام الأسبوع ، أو الذى أكل مع بكر عرضا بدون علم زيد وتوقعه (فى الحالتين الأخيرتين يكون احتمال تسمم عمرو ضعيفاً ، ومع ذلك تتحقق بهذا الاحتمال الضعيف رابطة السببية — كما فى الحالة الأولى — بين فعل زيد وبين الحدث الواقع لعمرو ، فإن كان هذا الحدث موتا يسأل زيد عن قتل عمرو خطأ فى الحالات الثلاثة ، بالاضافة الى مسؤوليته عن قتل بكر أو الشروع فى قتله عمداً) — أما اذا كان زيد يعلم أن عمرو يأكل مع بكر فى نفس الطبق دائما ، فإن احتمال تسمم عمرو يصبح فى هذه الحالة قويا وان كان لا يصل الى درجة اليقين الأكيد لإمكان مخالفة عمرو لعادته مصادفة وعدم اشتراكه فى الأكل مع بكر من طبق الطعام المسموم . ومع ذلك فإنه فى هذه الحالة من الاحتمال القوى اذا تسمم عمرو بالفعل ، يكون زيد مسؤولا عن قتل عمرو عمداً .

أما اذا كان احتمال وقوع الحدث قوياً ، أو كان وقوع الحدث يقيناً أكيداً لا احتمالا قوياً فحسب ، فلا يقف الأمر بالحدث عند اعتباره وليد اهمال ، وانما يصبح حدثاً مقصوداً .

ونخلص مما تقدم ، أن ماهية القصد كحقيقة نفسية هى أن يكون الحدث الواقع نتيجة لسلوك ما ، محل تأييد من ارادة صاحب هذا السلوك ، بالاضافة الى وجود رابطة السببية بينه وبين السلوك نفسه .

ويكون الحدث كذلك ، أى يكون محل تأييد من ارادة الفاعل ، اذا كان تحقيقه هو بالذات الباعث المحرك لسلوك الفاعل ، أو اذا كان وقوعه كنتيجة لهذا السلوك أمراً من شأن الرجل العادى أن يتوقعه على أنه أكيد أو فى القليل قوى الاحتمال .

أما ماهية الاهمال كحقيقة نفسية ، فلا تختلف عن رابطة السببية نفسها بين السلوك وبين الحدث الواقع ، ولا يدخل فيها — خلافاً لما رأينا فى ماهية القصد — أى عنصر يضاف الى تلك الرابطة . فوجود رابطة السببية ، معناه أن سلوك الفاعل كان يتضمن بالاضافة الى العوامل السابقة والمعاصرة واللاحقة التى فى وسع الرجل العادى أن يقدرها ، احتمال ترتب الحدث عليه كنتيجة له ، ولو كان هذا الاحتمال ضعيفاً ، أى ولو كانت العوامل الحائلة دون وقوع الحدث تبدو فى نظر الرجل العادى طاغية على العوامل الميسرة لوقوعه . فيكفى أن يتوافر فى نظر الرجل العادى — لو وجد مكان الفاعل — قدر ذو شأن من العوامل الميسرة لوقوع الحدث ، كى تقوم رابطة السببية بين هذا الحدث اذا ما وقع بالفعل ، وبين السلوك الذى أفضى الى وقوعه .

وهذا القدر ذو الشأن من العوامل الميسرة لوقوع الحدث ، كما يكفى لاعتبار سلوك الفاعل سبباً قانونياً للحدث نفسه ، يكفى كذلك لاعتبار سلوك هذا الفاعل سلبياً من ناحية أنه خلا من جانب تخلف فيه وكان يجب أن يتحقق وهو العمل على تفادى وقوع الحدث .

ومادام الأمر كذلك ، فان اعتبار سلوك الانسان سبباً قانونياً لحدث ما من الأحداث السيئة ، يكفى فى ذاته دون حاجة الى أى عنصر زائد يضاف اليه ، لاعتبار ذلك الانسان مهملا ، من ناحية أنه لم يحرص على تفادى وقوع ذلك الحدث رغم أن وقوعه كان محتملا ، فوقع الحدث بالفعل .

ومتى استقر أن ماهية الاهمال كحقيقة نفسية ، لا تتعدى رابطة السببية بمعناها القانونى بين سلوك الفاعل وبين الحدث الواقع ، خلافاً للقصد الذى تتطلب ماهيته فوق هذه الرابطة عنصراً اضافياً ، فانه يحق لنا بعدئذ الكلام عن مزيد من الأمور اللازم ايضاحها كى يكون الجوهر النفسانى للاهمال مفهوماً .

فقد سبق أن قلنا ان كل جريمة غير عمدية ، هى دائماً جريمة سلبية ، بينما العكس غير صحيح ، أى ليست كل جريمة سلبية جريمة غير عمدية ، لأنها قد تكون عمدية .

فالسلوك المهمل ، هو على الدوام سلوك سلبى ، بمعنى أن محل التثريب فيه جانب تخلف منه وكان يجب أن يتحقق .

وفى هذا الجانب المتخلف من السلوك ، ينحصر معنى السلبية ، ويتمثل بالتالى معنى الاهمال .

واذا كان السلوك المهمل ، ارادياً ، من ناحية الشق الذى حدث منه بالفعل ، اذ لابد فى كل سلوك أن يكون ارادياً قبل اعتباره اجرامياً ، فانه يحق لنا التساؤل عما اذا كان من اللازم أن يكون ارادياً كذلك الشق الذى تخلف من السلوك وكان يجب أن يتحقق ، أى هل يلزم أن يكون الفاعل قد شاء وتعمد اغفال هذا الشق المتخلف .

فقد قررنا أن الحدث الناتج من السلوك المهمل ليس ارادياً ، وأن هذا السلوك فى ذاته ارادى من ناحية ما حدث منه فعلا ، ولكن هل يلزم أن يكون ارادياً أيضاً ذلك الجانب الذى تخلف فيه وكان يجب أن يتحقق ؟

هل يلزم بعبارة أخرى أن يكون الخمول أو الهبوط فى ملكة الانتباه ارادياً ؟

جوابنا على هذا السؤال ، أنه وان كان يحدث عملا وفى كثير من الأحيان أن يكون خمول ملكة الانتباه ارادياً ، وذلك حين يتوقع الفاعل الحدث المحظور ولا يعمل على منعه رغم هذا التوقع (أو حين يتوقع تخلفه ولا يعمل على تحقيقه رغم أنه واجب الوقوع) ، فانه ليس من اللازم فى جميع الحالات أن يكون ذلك الخمول ارادياً . فقد لا تكون الارادة انصرفت اليه أصلا ، كما اذا غط الحارس المكلف بمراقبة الممر الواقع على السكة الحديدية فى نوم عميق ، اذ لا يلزم أن يكون قد قصد هذا النوم [1] ، وكما اذا استمر سائق لسيارة يقودها طيلة النهار حتى أصيب من جراء ذلك بارهاق واعياء ، فارتكب بها حادث اصطدام راجع الى ما ترتب على حالة الاجهاد لديه من خمود فى ملكة الانتباه . ففى هاتين الحالتين لم يكن الشق المتخلف فى السلوك وهو اعمال ملكة الانتباه ، راجعاً الى كون الفاعل قد تعمد اغفاله ، ويسمى الاهمال فى هذه الحالة بالاهمال غير الواعى colpa incosciente

ومادام الأمر كذلك ، فانه لا يدخل فى معنى الاهمال كحقيقة نفسية ، أن يتعمد الفاعل اغفال الجانب الذى تخلف فى السلوك وكان يجب أن يتحقق[2].

واذا كان صحيحاً أنه بقرار ارادى يمكن للانسان أن يؤجج فى نفسه ملكة الانتباه كلما خمدت شعلتها ، فانه ليس صحيحاً العكس ، أى ليس صحيحاً أن كل خمود فى ملكة الانتباه راجع الى قرار ارادى . فقد يرجع الى خلل فى الجانب الذهنى أو الجانب الشعورى من شخصية الفاعل [3] .

---

(١) فهو لم يقصد أن ينام فى اللحظة التى كان عليه فيها أن يضع اشارات مرور القطار تنبيها لمن هم بالسبيل الى عبور الممر ، وان كان قد قصد النشاط السابق على النوم أى النشاط الذى سبب له التعب وقصد كذلك الجلوس كجزء من هذا النشاط يساعد هو الآخر على مجىء النوم actio libera in causa

(٢) Grispigni — op. cit. vol. II, p. 40 e 41.

(٣) Grispigni — loc. cit.

فارادة اغفال السلوك الواجب ، ليست لازمة فى تحقيق معنى الاهمال بالاضافة الى ارادة السلوك الواقع [1] .

ذلك لأن ارادة السلوك الواقع رغم أنه مخالف للسلوك الواجب ، تكفى فى تحديد ماهية الاهمال دون حاجة الى أن تتوافر فوق ذلك ارادة السلوك الواجب .

غاية الأمر ، اذا ما توافرت لدى الفاعل كلتا الارادتين ، بمعنى أنه لم يرد السلوك الواقع فحسب رغم مخالفته للسلوك الواجب ، وانما أراد كذلك اغفال هذا السلوك الواجب ، فانه يكون أخطر فى تحقيق الاهمال من آخر لم تنصرف ارادته الى غير السلوك الواقع ، وذلك لأنه رغم توقعه للحدث الضار ، أراد التغاضى عن منعه وشاء عدم استحثاث ملكة الانتباه فى سبيل تفاديه .

وهذا الاهمال المصحوب بارادة اغفال السلوك الواجب أى المقترن بتوقع الفاعل للحدث الضار ، هو الذى يسمى بالاهمال الواعى colpa cosciente

ورغم أن الاهمال الواعى أشد جسامة من الاهمال غير الواعى ، وأنه مستوجب بالتالى لعقوبة أشد ، فانه ليس معنى الوعى فيه أنه قَصْد ، لأن ارادة اغفال السلوك الواجب فى سبيل منع حدث ما ، ليس معناها بالضرورة انعقاد النية على تحقيق هذا الحدث أو انصراف الارادة الى انتاجه ، ما لم يكن من شأن ظروف الحال أن تجعل وقوع الحدث — فى نظر الرجل العادى — أكيداً أو قوى الاحتمال لا محتملا فحسب ، وعندئذ فقط يتحول الاهمال إلى قصد كما قلنا .

---

(1) وما هو واجب بالنسبة للسلوك الواجب هو إغفال ارادته لا ارادة اغفاله ، بمعنى أن ارادة اغفاله ليست لازمة لتكوين الجوهر النفسى لجريمة الاهمال ، وانما يكفى فى هذا الجوهر اغفال ارادته . فإغفال نية الاكتراث هو جوهر الاهمال ، وليست لازمة فى هذا الجوهر نية عدم الاكتراث ، وان كان توافرها كما سنرى ظرفا مشددا يحوّل الاهمال غير الواعى الى اهمال واع .

ويخلص من كل ما تقدم ، أنه بينما القصد فى جوهره النفسى هو ارادة السلوك المحظور وارادة ما أفضى اليه هذا السلوك من حدث محظور ، فان الاهمال هو ارادة سلوك مختلف عن السلوك الذى كان فى واقعة الحال واجباً ، بدون ارادة للحدث الذى أفضى اليه ذلك السلوك المختلف تبعا لهذا الاختلاف فيه عن السلوك الواجب .

ويذكرنا لما سلف بيانه ، نكون قد فرغنا من الحديث عن كل من القصد والاهمال بوصفهما صورتى الركن المعنوى للجريمة ، سواء من حيث مجال التفرقة بينهما ، أو من حيث فيصل هذه التفرقة ، أو من حيث الماهية النفسانية لكل منهما .

وكل منهما احدى طريقتين تنتسب بهما الجريمة الى نفسية مرتكبها ، فليس هذا الانتساب فيها سوى ركنها المعنوى .

(ب) فى الأسباب النافية للركن المعنوى

متى كان الركن المعنوى فى الجريمة هو انتسابها الى نفسية فاعلها ، فان السبب الذى ينفى هذا الركن هو كل أمر من شأنه أن يجعل الجريمة غير منسوبة الى نفسية ذلك الفاعل ولو كان لجسمه دخل فى وقوعها .

وأول سبب من هذا القبيل هو الاكراه المعنوى . فهذا الاكراه عنف منصب على نفسية المكره لا على جسمه ومن ثم سمى بالاكراه المعنوى تمييزاً له عن الاكراه المادى المنصب على جسم المكره .

ومن قبيل هذا الاكراه المعنوى ، أن يهجم اللصوص على حارس خاص لمنزل غاب صاحبه ويشهرون نحوه مسدساتهم قائلين له « اما نفسك واما مال مخدومك » ، فيأتى لهم بهذا المال مستخدماً فى ذلك جسمه وان كانت نفسه بذلك غير راضية . فالحارس هنا لم يحقق من جريمة السرقة غير ركنها المادى دون ركنها المعنوى .

وهناك أسباب تنفى الركن المعنوى لأنها نفت قبله حتى الركن المادى، وهى الاكراه المادى ، والقوة القاهرة ، والحادث الفجائى .

فالاكراه المادى هو العنف الموجه الى جسم المكرَه والذى يحققه مثلا القذف بجسمه على جسم غيره فيموت هذا الغير مثلا بعد وقوعه بارتجاج فى المخ من جراء سقوطه على الأرض . فالمكرَه هنا قد تخلف من جانبه لا الركن المعنوى فى القتل عمداً كان أم خطأ فحسب ، وانما الركن المادى كذلك لأنه لم يسلك جثمانياً ذلك السلوك الارادى المنتج للقتل ، وانما كان جسمه فى انتاج القتل أداة فى يد المكرِه .

والقوة القاهرة ، قوة من قوى الطبيعة تحقق الحدث الذى من شأنه أن يكون جريمة لو وقع على يد انسان . فاذا ما هبت ريح صرصر عاتية فاقتلعت حاملا كان عليه مصباح مضىء ينبه المارة الى وجود حفرة فى الطريق وتحطم هذا المصباح وانطفأ ضوؤه ، فوقع أحد المارة فى الحفرة أثناء الظلام وأصيب ، فان اصابة هذا المار لا تعزى الى نفسية حافر الحفرة باعتبارها راجعة الى اهمال منه فى تنبيه المارة الى وجود الحفرة ، وانما ترجع الى فعل الريح التى أزالت هذا التنبيه بعد أن كان حافر الحفرة قد أقامه ، وبالتالى نفت لا الركن المعنوى فى جريمة الاصابة باهمال فحسب وانما الركن المادى كذلك [1] .

ولو أن مزارعاً كان على سفح جبل فى أوروبا الشمالية ، فهبت عاصفة ثلجية صخرية جرفت جسمه فى طريقها وألقت به على آخر كان يزرع فى طبقة دنيا من السفح ، فمات هذا الآخر ، فانها فى هذه الحالة تنفى فى حق المزارع الذى قُذف بها لا الركن المعنوى فى القتل فحسب وانما الركن المادى كذلك .

والحادث الفجائى ، هو فى رأينا فعل الغير فى الحالات التى لا يتخذ فيها هذا الفعل صورة الاكراه . فلو أن سائقاً قاد سيارته فى طريق رئيسى عام

---

[1] فالركن المادى فى جريمة الاصابة باهمال فى ذلك المثال هو عدم وضع مصباح منبه رغم وجود حفرة . وعدم وضع المصباح فى الواقعة محل المثال راجع الى فعل الريح لا الى فعل حافر الحفرة .

ثم فاجأته من طريق جانبي على اليمين سيارة خرجت بغتة من هذا الطريق وصدمته فأصيب سائقها ، فانه لا تعزى هذه الاصابة لا الى نفسيته ولا الى سلوكه الجثماني ، لأنها حدثت مادياً ونفسانياً بفعل من الغير يعتبر في هذه الحالة حادثاً فجائياً وهو فعل السائق المصاب .

* * *

وقد بقي علينا — بعد ما تقدم ذكره — أن نتحدث عن ثلاثة عوامل هي حالة الضرورة ، وحالة السكر ، وافتعال الجريمة بمجهود مختبر امتحن فاعلها فاجتاز هذا امتحانه راسباً ، لبيان مدى تأثير هذه العوامل الثلاثة في نفي الركن المعنوي للجريمة .

حالة الضرورة :

ليست حالة الضرورة اكراهاً ، لسبب غاية في البساطة وهو أنها ليست عنفاً . فلا هي عنف منصب على جسم من يوجد فيها ، ولا هي عنف منصب على نفسيته . فلا هي اكراه مادي ولا هي اكراه معنوي ، لأنه لا اكراه حيث لا يوجد عنف .

وهي في حقيقتها وضع مادي من الأمور يحمل الانسان على الاجرام استجابة لنوازع الحرص على الكيان والبقاء ، سواء لصالح نفسه أو لصالح غيره .

هذا الوضع المادي للأمور قد يكون مصدره فعل الطبيعة وقد يكون مصدره فعل انسان .

فيكون مصدره فعل الطبيعة حين تنزل صاعقة من الجو على مسكن مصنوع من مادة قابلة للاحتراق ، فتشب الحريق في هذا المسكن بينما سكانه نائمون فيه وصاحبه في الخارج ، واذ يفطن صاحب المسكن الى ذلك يهجم على المساكن المجاورة ويختطف منها أشياء ومواد يستعين بها على اطفاء النار في مسكنه انقاذاً لحياة من هم بداخله . فهو هنا ارتكب في حق الجيران

جرائم سرقة أو جرائم اتلاف بينما السكان المجنى عليهم فى هذه الجرائم أبرياء. وهو قد فعل ذلك صوناً لكيان غيره وبقائه لا صوناً لكيانه وبقائه الذاتى . والمفروض أنه لم يكن فى الوسع درء الخطر عن سكان المسكن بوسيلة أخرى غير تلك التى لجأ اليها صاحب المسكن ، والا فلا يصدق على الوسيلة المتبعة أنها كانت ضرورية .

وقد لا يكون فاعل الجريمة — كما فى هذا المثال — محافظاً بها على كيان غيره ، وانما قد يكون محافظاً بها على كيان نفسه . فاذا وجد صائدان فى قارب يمخر عباب البحر ، وهبت عاصفة أثارت أمواج البحر فصارت تلتطم صاخبة ، ولم يكن بد فى سبيل أن ينقذ كل من الصائدين نفسه من أن يلقى بالآخر فى اليم تخفيفاً لحمل القارب وانقاذاً له من الغوص والغرق ، فألقى الأقوى منهما بالأضعف فى اليم ، انقاذاً لحياته الشخصية ، فان فاعل القتل هنا لجأ اليه صوناً لكيانه الذاتى لا لكيان الغير . ومصدر حالة الضرورة هنا — كما هو واضح — هو فعل الطبيعة أيضاً .

على أن الوضع المادى للأمور ، المكون لحالة الضرورة ، قد يكون مصدره كما قلنا ، فعل انسان لا فعل الطبيعة .

ويكفى تمثيلا على ذلك أن نتصور فى المثال السابق ذكره عن الحريق ، أن النار شبت فى المسكن بفعل إنسان وضعها عمداً أو تسبب فى اشتعالها إهمالا . وفى فرض كهذا لا تختلط حالة الضرورة بحالة الدفاع الشرعى . فإنه إذا كان صحيحا أن الحالتين فى هذا الفرض تتفقان فى كون مصدر الخطر فعلا أثيما لانسان، فانهما تختلفان من ناحية أن الجريمة الواقعة درءاً لهذا الخطر تصيب فى حالة الضرورة انسانا بريئا — هو فى المثال المذكور جار المسكن المشتعلة فيه النار — فى حين أنها فى حالة الدفاع تصيب الإنسان المعتدى نفسه صاحب الفعل الأثيم الذى صدر منه الخطر . فلو تصورنا أن الجار الذى اختطفت من منزله الأشياء والمواد المستخدمة فى اطفاء الحريق هو بعينه الفاعل الذى أشعل الحريق ، فعندئذ تعتبر الجريمة الواقعة عليه وليدة الدفاع الشرعى لا وليدة الضرورة .

فمن البديهى أن الدفاع الشرعى يعتبر قائما ، لا عند منع ضرر اجرامى قبل وقوعه فحسب ، وانما فى حالة أخرى كذلك هى منع استفحال هذا الضرر بعد أن يقع .

ويطيب لنا بهذه المناسبة أن نوضح المقصود بالشروط اللازمة فى سبيل توافر جريمة الضرورة وامتناع العقاب عليها ، وهى شرط الخطر الجسيم على النفس ، وشرط حلول هذا الخطر ، وشرط عدم إرادة الخطر من جانب فاعل الجريمة ، وشرط عدم استطاعة دفع الخطر بوسيلة أخرى غير الجريمة المرتكبة (بينت هذه الشروط المادة ٦١ من قانون العقوبات) .

فالشرط الأول وهو شرط وجود خطر جسيم على النفس ، معناه من جهة أن يكون الخطر مهدداً النفس لا المال ، ومن جهة أخرى أن يكون هذا الخطر المهدد للنفس جسيما .

أما أن الخطر يجب أن يهدد النفس لا المال فى سبيل اعتبار الجريمة المرتكبة ضرورية ، فيرجع تطلب ذلك فيه الى كون هذه الجريمة واقعة على شخص برىء ضحيت مصلحته فى سبيل مصلحة فاعل الجريمة ، واذا كان لهذه التضحية مبررها حين يكون فاعل الجريمة مهدداً فى نفسه ، لأن النفس جديرة بالفداء ولو بتضحية حق للغير ، فلا يبقى لها مبرر حين يكون فاعل الجريمة مهدداً فى ماله ، لأنه لا معنى لأن يستساغ فى سبيل صون هذا المال ، الاعتداء على حق الغير البرىء .

وهذا ما جاء فى التقرير الوزارى لمشروع قانون العقوبات الايطالى الحالى (١) تفسيراً لكون مجال الإعفاء من العقاب على جريمة الضرورة قصر على تلك الجريمة المرتكبة لضرورة وقاية النفس ، سواء أكانت النفس

---

(١) Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, I, p. 97.

المصونة بها هى نفس فاعل الجريمة أو نفس غيره ، لا الجريمة المرتكبة لضرورة وقاية المال (١) .

والمراد بالنفس هنا ، شخصية الانسان المهدد بالخطر سواء فى الشق الجثمانى منها أو فى الشق النفسانى .

هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فان الجريمة المبررة بحالة الضرورة ، يلزم لتبريرها أن يكون الخطر الذى دفعته عن النفس ، جسيما ، والا فانها تظل — لا سيما لوقوعها على برىء — محلا للعقاب .

والخطر على النفس لا يكون جسيما الا حين يثير لدى الانسان الخشية من انهيار كيانه ، سواء أكان هذا الكيان ماديا أو أدبيا .

---

(١) بمناسبة أن وقاية المال لا تبرر جريمة الضرورة ، يقرر الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد فى ص ٤٢١ من المرجع السابق أن "هذا المبدأ يبدو سليما اذا كان الفعل المرتكب لوقاية المال قد وقع اعتداء على نفس الغير ، لحرمة النفس وعدم التكافؤ بينها وبين المال مهما عزّ ، ولكنه يبدو غير معقول حيث يكون واقعا على مال فى سبيل صيانة مال وخصوصاً اذا كان هذا أغلى قيمة " .

وبصرف النظر عن صعوبة القطع بأن مالا ما أغلى قيمة من مال آخر ، وهذه مسألة تتوقف على التقدير الشخصى الذى يقدر به كل مالك ماله ، فإن الأخذ بذلك الرأى يقتضى على كل حال وضع الضوابط الكفيلة بتفادى إساءة استخدام التعلل بالضرورة فى وقاية المال بالجريمة .

أما أن تشب النار فى طرف مزرعة ، ويحتاج الأمر الى اتلاف بعض الأشجار ونزعها لحصر النيران فى مكانها وقاية لباقى المزرعة ، فهذا مباح دون حاجة الى التمسك بحالة الضرورة ، على أساس عمل الفضولى بوصفه استخداما لحق نيابة عن صاحبه ، وبناء على الارادة الضمنية لصاحب الحق وهو هنا مالك المزرعة .

وجاء فى موجز القانون الجنائى للأستاذ الدكتور على راشد أن "من الأمثلة التى تساق عادة لايضاح هذا الفرض حالة ما إذا أوشك مركب تجارى كبير محمل بالبضائع على الغرق فى عرض البحر ، وتمكن البحارة جميعهم من النجاة فى قوارب معدة لذلك أو بوسائل أخرى ، ولم يبق عرضة للهلاك إلا المركب وما عليه من البضائع ، وكان فى امكان الربان أن ينقذه وبعض حمولته لو أنه قذف فى البحر بجانب فقط من هذه الحمولة" طبعة ١٩٥٥ — فقرة ٤٤٢ — ص ٤٤٩

فخطر المساس بالكيان دون تهديد له بالانهيار ، لا يعتبر خطراً جسيما . وخطر حرمان الانسان من إشباع حاجة غريزية ما ، سواء أكان مصدر هذه الحاجة هو غريزة الاقتناء أو كان مصدرها الغريزة الجنسية ، لا يعتبر جسيما ما دام لا يترتب على ترك تلك الحاجة بدون إشباع تهديد كيان صاحبها بالانهيار . وبناء على ذلك ، لا يكون للزوجة التى أصيب زوجها بالعنة ، أن تواقع رجلا غيره بمقولة إن زناها عندئذ استوجبته حالة ضرورة [1].

على أن جسامة الخطر ليست أمراً مطلقاً يقدر بمعيار مادى بحت ، وانما هى أمر نسبى تدخل فى تقديره عقيدة فاعل الجريمة نفسه . فاذا سرقت امرأة شيئاً ما ، وهى حامل ، كى تشبع فى نفسها حاجة الى هذا الشىء تحركت فى نفسها عند رؤيتها له ، وكان ذلك بدافع الخشية على كيان الجنين المستكن فى بطنها والخوف من أن يجىء تكوينه ناقصاً لو أنها تركت تلك الحاجة دون اشباع ، فان على القاضى أن يحكم ببراءتها اذا ما ثبت لديه أن تلك المرأة كان لديها ذلك الاعتقاد فعلا وقت السرقة [2].

أما اذا سرق انسان مبلغاً من النقود بدافع قضاء فترة للنقاهة بدار للاستشفاء بعد مرض ألم به ، فهذه السرقة لا تعتبر واقعة فى حالة ضرورة ، لأنها لم ترتكب درءاً لخطر جسيم [3] . ومن يسرق طعاماً ليدفع عن نفسه غائلة جوع ، لا يرتكب جريمة ضرورة اما لأن الخطر الذى كان يهدده لم يكن جسيما ، واما لأنه مع جسامة الخطر كان فى وسعه أن يدرأه بوسيلة أقل جسامة كأن يستجدى الغذاء مثلا .

---

(١) Manzini, "Diritto penale italiano", II, 1950 — p. 391. واذا سرق رجل زوج حذاء خشية أن يصاب بأذى من جراء الحفاء ، لا تعتبر جريمته واقعة فى حالة ضرورة ، اما لأن الضرر الذى كان يخشاه لم يكن جسيما أى مهدداً كيانه بالانهيار ، واما لأنه كان فى وسعه أن يدرأ الخطر بوسيلة أخرى أهون من السرقة كأن يستجدى حذاء .

(٢) Manzini – المرجع السابق – ص ٣٩٢

(٣) Manzini – المرجع السابق – ص ٣٨٩ – هامش ٣

ولأن هذا المجال يقام فيه وزن – على ما قررنا – لعقيدة الفاعل دون اقتصار على الواقع المادى للأمور ، فانه يحق التساؤل فيه – كما فى الدفاع الشرعى – عن أثر الخطر فى تبرير الجريمة اذا كان وهمياً قائماً فى مخيلة الفاعل دون أن يكون له من الواقع نصيب .

وقد سبق أن قلنا بمناسبة كلامنا عن الاباحة التصورية ان السبب المبيح يرفع عن الفعل صفة الجريمة حتى اذا اعتقد الفاعل وجوده حالة كونه فى الحقيقة متخلفاً ، وذلك متى كان هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة ، أى متى كان من شأن الرجل العادى أن يكونه لو وجد فى ذات ظروف الحال .

فما قلناه فى صدد السبب المبيح ، يصدق كذلك على حالة الضرورة ، كما اذا قتل شخص كلباً يعوى وراءه بدافع درء خطر الاصابة منه بمرض الكلب ، فى حين أن الكلب لم يكن من الكلاب التى تسبب ذلك المرض ، وكما اذا قاومت امرأة رجل السلطة العامة حين دعاها للتعرف على جثة يرجح أن تكون لقريبها متصورة أن من شأن ذلك أن يلحق ضرراً جسيما بالجنين المستكن فى بطنها .

أما اذا لم توجد أسباب معقولة للاعتقاد بوجود خطر جسيم على النفس ، أى اذا لم يكن من شأن الاعتقاد أن يكونه رجل عادى فى الظروف نفسها ، فيسأل الشخص عن الجريمة حسب الأصل ، وبوصفها جريمة عمدية ، على حسب الرأى الحديث فى الفقه الألمانى ، لأن الفاعل تعمد على كل حال كلا من السلوك ومن الحدث الاجرامى[1] . أما المادة ٥٩ من قانون العقوبات

---

[1] يرجع فى ذلك الى مؤلفنا بالايطالية عن عدم المشروعية الجنائية طبقاً لآخر تطورات الفقه الألمانى L'antigiuridricità nella più recente dottrina penalistica tedesca الاسكندرية ١٩٥٥ – ص ٦٥ وما بعدها .

ويثور الاشكال نفسه اذا كان الخطر الوهمى فى جريمة الدفاع غير مستمد من أسباب معقولة . فالرأى الحديث فى الفقه الألمانى يعتبر الجريمة الواقعة فى هذه الحالة عمدية مع تخفيف العقوبة ، أما المادة ٥٩ من قانون العقوبات الايطالى فتعتبرها غير عمدية اذا كان القانون يجرم الحدث حتى اذا كان غير متعمد . وسبق أن ذكر ذلك .

الايطالى ، فتلقى على الفاعل تبعة جريمة غير عمدية ، اذا كان القانون يجعل من الحدث جريمة ولو كان غير متعمد .

ويلاحظ على القانون المصرى — كما قلنا — أنه لا يحتوى نصا عاما يجعل لأسباب الاباحة أو امتناع العقاب أثر رفع المسؤولية الجنائية ولو كانت أسبابا وهمية الاعتقاد بوجودها مبنى رغم وهميتها على أسباب معقولة . فذلك النص العام له وجود فى القانون الايطالى فى المادة ٥٩ منه ، ولا يوجد له فى القانون المصرى نظير الا فى حالتين فرديتين هما حالة الدفاع الشرعى وحالة تجاوز الموظف حدود واجبه . وقد ذكرنا أن محكمة النقض المصرية جعلت من الحكم الوارد فى هاتين الحالتين الفرديتين مبدأ عاما [١] .

ذلك عن الشرط الأول الخاص بوجود خطر على النفس من جهة ، وجسيم من جهة أخرى[٢] .

أما الشرط الثانى وهو حلول الخطر ، فمعناه أن يكون ذلك الخطر منذراً بضرر وشيك الوقوع . ذلك لأنه اذا لم يكن الضرر الماثل خطره وشيكا ، وكانت توجد فسحة من الوقت تسمح باتخاذ اللازم لدرئه ، فلا يكون فى تلك الحالة ثمة مبرر للاعتداء على حق الغير البرىء .

وحلول الخطر ، لا يلزم أن يكون أمراً واقعاً ، وانما يكفى أن يكون كذلك فى مخيلة الفاعل ، بأن يعتقد هذا بناء على أسباب معقولة أن الضرر الجسيم المخوف نزوله بالنفس وشيك ، حتى ولو لم يقع هذا الضرر بالفعل ،

---

(١) سبق أن أشرنا الى أن حالة الضرورة تثير ذات المشكلة التى يثيرها السبب المبيح فيما يتعلق بالجريمة التصورية أيضا أى الاعتقاد بتخلف حالة الضرورة رغم وجودها .

(٢) ويقرر الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد — بحق — أن الخطر الجسيم على النفس فى حالة الضرورة يشمل الخطر الجسيم على الشرف والاعتبار ، وضرب المثل الآتى : ” لو أن شخصاً وجد على واجهة محل تصوير صورة لحفل ظهرت فيه امرأة صديق له فى وضع غير لائق يهدد سمعتها وحياتها الزوجية فمزق الصورة ، فإنه لا يعاقب “ — المرجع السابق — ص ٤٢١ ، ٤٢٢

أى حتى اذا تبين أنه فى الحقيقة والواقع لم يكن وشيك الوقوع . وهنا أيضاً تلعب فكرة الرجل العادى والأسباب المعقولة دورها .

ومن قبيل ذلك أن يأخذ شخص فى عبور أحد الأنهار سباحة ، فتفاجئه عاصفة تصطخب بسببها مياه النهر مهددة اياه بالغرق ، فيلوذ بجزيرة فى وسط النهر عليها كوخ مملوك لغيره ، ويخيل اليه أن مياه النهر ترتفع بسبب العاصفة وتهدده بالطغيان على الجزيرة واكتساح الكوخ ومن فيه ، فينتزع من الكوخ أعواداً وأخشاباً ويصنع منها قارباً ليستعين به على العبور عند الطوفان متلفاً بذلك الكوخ ، غير أن الطوفان المرتقب لا يحدث . ففى هذه الحالة تعتبر جريمة اتلاف مال الغير واقعة فى حالة ضرورة ، رغم أن الفيضان الذى تصور الفاعل أنه وشيك الوقوع لم يتحقق فعلا [1] .

وشرط عدم ارادة الخطر من جانب فاعل الجريمة ، معناه أن يكون الخطر المنذر بالضرر الجسيم على النفس ، غير ناشىء من ارادة هذا الفاعل .

والعبرة فى ذلك بالخطر فى ذاته لا بالسلوك الذى أفضى الى ايجاده .

فالفاعل الذى يشعل النار فى مسرح عمداً ، فيدب دبيب الذعر بين رواده ويندفعون فى سرعة نحو باب الخروج ، فيضطر هو الى سحق واحد منهم واحداث عاهة به أثناء السعى الى شق طريق النجاة لنفسه ، ليس له أن يتعلل بحالة الضرورة فى سبيل تبرير جريمته ، لأنه هو الذى أوجد بارادته الخطر الذى أفضى الى هذه الجريمة .

وقائد السيارة الذى يلحظ آخر يريد أن يسبقه ، فيصر على أن يكون هو السابق بأى ثمن ، ويضاعف من سرعة السيارة واذ يحس بأن سيارة القائد الآخر على وشك أن تصطدم بسيارته ، ينحرف الى اليمين فجأة لتفادى التصادم ، فيرتطم بأحد المارة ويقتله ، ليس له أن يتمسك بحالة الضرورة ،

---

(1) Manzini — المرجع السابق ص ٣٩٣

لأن الجريمة التى وقعت منه وهى القتل الخطأ ارتكبت لدرء ضرر جسيم على نفسه هو الذى أوجد بارادته خطر وقوعه .

أما الشخص الذى يتسبب باهماله وعدم احتياطه فى اشتعال النار بأحد الملاهى ، وفى زحمة تدافع الناس نحو الخارج يحدث بأحدهم اصابة بالغة بينما يشق لنفسه طريق النجاة ، له أن يتمسك بحالة الضرورة ليتخلص من المسؤولية عن جريمته ، لأنه وان كان قد أراد السلوك المشوب بالاهمال والذى أفضى الى اشتعال النار ، لم يرد اشتعالها أى لم يرد حالة الخطر ، والعبرة فى نفى الدفع بحالة الضرورة ، انما هى بارادة حالة الخطر نفسها — كما قلنا — ولا تكفى ارادة السلوك المفضى اليها [١] .

والمعول عليه فى كل ذلك هو ارادة فاعل جريمة الضرورة بصرف النظر عن أية ارادة أخرى لشخص غيره . فاذا ارتكب لصان سرقة من منزل ما ، وخرج أحدهما من هذا المنزل ، غير أن الآخر بدون اتفاق مع زميله أشعل النار فى المنزل وحصرته النيران ، فهم زميله الذى خرج بانقاذه وارتكب فى سبيل هذا الانقاذ جريمة ، فيكون لهذا الأخير أن يتمسك بحالة الضرورة ، لأن اشعال النار ولو أنه كان متعمداً ممن أشعلها ، لم يكن راجعا الى ارادته هو [٢] .

أما الشرط الرابع والأخير فى حالة الضرورة فهو شرط عدم استطاعة دفع الخطر بوسيلة أخرى غير الجريمة المرتكبة .

وهذا الشرط يتضمن معنى لزوم تلك الجريمة من جهة ، وتناسبها مع الضرر الذى كان يخشى وقوعه من جهة أخرى .

---

(١) Manzini — المرجع السابق — ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ — فى نفس المعنى :
Chéron et Badawi "Nouveau Code Pénal égyptien annoté" t. 1, 1939 - n. 16, p. 297 — المسؤولية الجنائية للأستاذ الدكتور مصطفى القللى ص ٤١٨ — "الأحكام العامة" للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد — ص ٤٢٥

(٢) أنظر فى هذا المعنى Manzini — المرجع السابق ص ٣٩٨

ولزوم الجريمة أمر نسبي هو الآخر لا مطلق ، بمعنى أنه يرجع فيه كذلك الى التقدير الشخصى لفاعل الجريمة والى كونه مطابقاً لتقدير الرجل العادى لو وجد فى ذات الظروف . والمقصود به ألا يكون من الممكن تفادى الجريمة فى واقعة الحال تبعاً لاستحالة الالتجاء الى وسيلة بريئة . والأمر يستظهره القاضى فى كل قضية على حدتها . وبناء على ذلك ، لو أن عاملا انحشرت يده اليسرى بين أجزاء آلة دائرة وصار على وشك أن تجتذب الآلة كل جسمه وتقطع أوصاله بدورانها ، فسارع عامل زميل له بقطع يده ، وسارع آخر بنسف قطب الموتور المحرك للآلة ، فانه تعتبر جريمة كل من هذين العاملين واقعة فى حالة ضرورة[1] ، جريمة قطع اليد ، وجريمة اتلاف موتور الآلة ، ولا يمكن القول بأن احدهما كانت تغنى عن الأخرى رغم أن واقع الحال كان كذلك ، لأن أى رجل عادى لو وجد مكان أى واحد من العاملين المذكورين لما كان يتوانى عن اتيان الجريمة التى وقعت منه وبالصورة التى نفذت بها[2] .

وعلى هدى المعيار نفسه ، يتحدد كذلك معنى التناسب بين الجريمة وبين الضرر الذى أرتكبت درءاً له . فالعبرة فى ذلك ليست بواقع الأمور وحده ، وانما بتقدير الرجل العادى لو وجد فى ذات مكان الفاعل . فالشخص الذى يجد نفسه مهدداً بسقوط أصابعه تجمداً من جراء الصقيع وانخفاض درجة الحرارة ، فينتزع كتاباً أثرياً قيما يستعين به فى اشعال النار

---

(١) Manzini – المرجع السابق – ص ٣٩٢

(٢) ويعتد الفقه المصرى فى ذلك ، هو الآخر ، بحالة الجانى الشخصية وظروفه وقت الجريمة : شيرون وبدوى – المرجع السابق رقم ١٧ ص ٢٩٧ " والأحكام العامة" للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى – ص ٤٢٦

ويضرب الأستاذ الدكتورعلى راشد مثلا على توافر المسئولية تبعاً لامكان اتباع وسيلة أخرى غير الجريمة بقوله : «كما لوكان بوسع من يشاهد مريضاً يعانى آلاما مبرحة فى الطريق العام أن ينقله بعربته إلى مستشفى قريب لاسعافه بدلا من إجراء جراحة له وهولا يملك ذلك . المرجع السابق فقرة ٤٤٥ ص ٤٥٣ » .

والحصول على الدفء اذ لم يكن أمامه ورق سوى هذا الكتاب ، يعتبر اتلافه للكتاب جريمة واقعة فى حالة ضرورة مهما كان رأى صاحب الكتاب أو غيره حول قيمة الكتاب المحروق وكونها تفوق بأضعاف قيمة أصابع الشخص الذى أحرقه (١) .

ولكن ما الحكم لو حدث اخلال بشرط التناسب ، أى لو استخدم الفاعل وسيلة اجرامية أشد ، وكان فى وسعه أن يدرأ الضرر المخوف وقوعه بوسيلة اجرامية أخف كانت توجد هى الأخرى فى متناول يديه ؟

الواقع أن الاخلال بشرط التناسب ، لم يعالجه المشرع المصرى الا فى حالة خاصة هى حالة الدفاع الشرعى ، اذ وضع لهذه الحالة المادة ٢٥١ من قانون العقوبات ، الخاصة بتجاوز حدود الدفاع .

وحتى فى هذه المادة ، لم يبين المشرع المصرى ما اذا كانت الجريمة المتجاوزة لحدود الدفاع عمدية فى نظره أم غير عمدية ، ولو أنه قرر لها عقوبة أخف من تلك التى تستحق عنها أصلا .

أما المشرع الايطالى ، فقد عالج الاخلال بشرط التناسب فى نص عام لا يقتصر حكمه على الدفاع الشرعى وانما يشمل كذلك حالة استخدام الحق وحالة أداء الواجب وحالة الضرورة ، وهو نص المادة ٥٥ . ويقرر هذا النص على عاتق فاعل الجريمة المخلة بشرط التناسب فى حالة الضرورة ، مسؤولية عن جريمة غير عمدية ، اذا كان القانون يجعل من الحدث الواقع جريمة ولو كان غير متعمد . وشرط ذلك ألا يكون قد حدث تعد لحالة الضرورة من حيث حدها المعنوى أى قصد مواجهة الضرورة ، وأن يكون التعدى حادثاً فى الحد المادى وحده أى فى نطاق الوسيلة المستخدمة لدرء الخطر المخوف . أما اذا حدث التجاوز بقصد آخر يختلف عن قصد مواجهة الضرورة ، فتعتبر الجريمة الحادثة جريمة عمدية (٢) .

---

(١) Manzini — المرجع السابق — ص ٤٠٥

(٢) Manzini — المرجع السابق — ص ٤٠٤

أما الرأى الحديث فى الفقه الألمانى ، فيذهب الى اعتبار الجريمة المخلة بشرط التناسب فى حالة الضرورة ، جريمة عمدية فى كل الأحوال ، لأن الفاعل قد تعمد كلا من السلوك والحدث المكونين لها ولو أنه تخفف للفاعل عقوبته بسبب حسن نيته [1] .

ذلك هو تحديدنا لشروط جريمة الضرورة ومعنى كل شرط من هذه الشروط .

ولما كانت جريمة الضرورة تصيب بأذاها انسانا بريئا لم يقع منه ما يستوجب نزول هذا الأذى به ، فقد جعلت المادة ١٦٨ من القانون المدنى لهذا الانسان أن يطلب تعويض الضرر الذى حاق به (أسوة بالمادة ٢٠٤٥ من القانون المدنى الايطالى) . والذى يدفع هذا التعويض هو فاعل جريمة الضرورة . فان كانت الجريمة قد ارتكبها فاعلها ليدرأ ضرراً كان مهدداً لغيره لا مهدداً له شخصياً ، فيكون له بعد دفع التعويض أن يرجع بقيمته على الشخص الذى ارتكبت الجريمة لصالحه ، عملا بقواعد الفضالة المقررة فى القانون المدنى (م ١٩٥) .

ولقد آن لنا بعد ما تقدم بيانه ، البت فى طبيعة حالة الضرورة أى فى تكييفها القانونى .

وفى سبيل ذلك نقول ان حالة الضرورة ليست سبباً مبيحاً للجريمة . ذلك لأن السبب المبيح هو ذلك الذى يرفع عن السلوك صفة الجريمة ، ويثبت له كذلك صفة السلوك المشروع أيضا فى نظر كافة فروع القانون أيا كانت لا فى نظر القانون الجنائى وحده ، وقد رأينا أن حالة الضرورة لا يترتب عليها ذلك الأثر ، لأنها اذا استبعدت الجزاء الجنائى ، لاتعفى فاعل جريمة الضرورة من الجزاء المدنى وهو دفع تعويض لمن أصابه ضرر هذه الجريمة .

---

[1] يرجع فى ذلك الى مؤلفنا السالف ذكره باللغة الايطالية حول عدم المشروعية الجنائية طبقاً لآخر تطورات الفقه الألمانى والى الموضع السابق بيانه .

وليس ارتكاب جريمة الضرورة حقاً لمن يوجد فى حالة الضرورة ، والا لما كان يستتبع الجزاء المدنى .

وليست حالة الضرورة على ما بينا اكراهاً ، لأن فاعل جريمة الضرورة لا يباشر أحد ما عنفا لا على جسمه ولا على نفسه ليدفع به الى ارتكاب الجريمة . فهو انما يرتكبها لا جثمانياً فحسب وانما نفسانياً كذلك ، بمعنى أن الجريمة فعله لا من الناحية المادية وحدها ، وانما من الناحية النفسانية أيضاً . ويبدو ذلك على وجه خاص حين ترتكب جريمة الضرورة انقاذاً للغير لا للنفس. فحالة الضرورة اذن لا تجرد الجريمة المرتكبة من ركنها المعنوى.

وما دام الأمر كذلك ، فان التكييف القانونى الصحيح لحالة الضرورة ، انها رخصة مشروعة تسوغ للشخص ارتكاب جريمة بدون أن يتحمل عنها جزاء جنائياً ، أى أنها من أسباب الاعفاء من المسؤولية الجنائية [1] .

حالة السكر :

تنص المادة ٦٢ من قانون العقوبات المصرى على أنه « لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل — لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها اذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها » .

ولا يتسع المجال هنا لايراد مختلف الآراء الفقهية والقضائية فى مصر وفرنسا حول حالة السكر وتأثيرها على المسؤولية . فنحيل فى هذا الصدد الى من سبقونا فيه[2] .

---

(١) وبديهى أنه لا يبقى محل لهذه الرخصة حيث يكون على الفاعل التزام قانونى بمجابهة الخطر وعدم التهرب منه ، كما هو الحال بالنسبة لقبطان السفينة المهددة بالغرق وبحارتها ، بالنسبة لالتزامهم إنقاذ ركاب السفينة .

(٢) الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد "الأحكام العامة فى قانون العقوبات" — ١٩٥٧ ص ٤٤٥ وما بعدها — والأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى "شرح قانون العقوبات — القسم العام" ١٩٦٠ — ١٩٦١ — ص ٣٨٧ وما بعدها .

وانما يعنينا أن نوجه النظر الى الصياغة غير الموفقة التى وضعت بها المادة ٦٢ من قانون العقوبات . فهذه المادة تتحدث عن شخص فاقد للشعور والاختيار ، وتنسب اليه فى الوقت نفسه أنه ارتكب فعلا . فكيف يتأتى له ارتكاب فعل ما وهو على شعور واختيار معدومين ؟ مثل هذا الشخص الذى يرتكب جريمة رغم أنه بلغ من الثمالة حد فقدان الشعور والاختيار كلية ، يقول عنه الأستاذ الايطالى Battaglini انه لم يسبق أن رآه أحد فى قفص الاتهام [1] .

والواقع أننا لا نتصور اتيان جريمة فى حالة فقدان تام للشعور والاختيار ، الا اذا كانت هذه الجريمة قولية فى صورة قذف مثلا ، اذ يمكن أن يتفوه النائم بألفاظ القذف رغم غيبوبته ورغم عدم انصراف ارادته الى التفوه بهذه الألفاظ .

ويمكن كذلك أن يتم وقاع جنسى فى حالة فقدان كلى للشعور والاختيار .

وفى هذا المجال الضيق الذى يمكن أن تحدث فيه أنواع معينة من الوقائع رغم انعدام الشعور أو الاختيار ، يتحقق من الفعل ركنه المادى بدون ركنه المعنوى . فيكون القذف فى الصورة الأولى راجعاً الى فم القاذف دون أن تكون نفسيته قد أرادته ، أى لا يتحقق منه سوى ركنه المادى . ويكون الزنا فى الصورة الثانية بفرض أن للرجل الذى واقع أو المرأة التى ووقعت ، صفة الزوجية ، محققا من معنى الخيانة الزوجية المكونة لجوهر جريمة الزنا ركنها المادى بدون ركنها النفسانى .

وفى مثل تلك الأحوال ، يعتبر فقدان الشعور والاختيار بسبب مادة مسكرة أو مخدرة نافياً للركن المعنوى فى الجريمة المرتكبة فتكون فعل فاعلها جثمانياً دون أن تكون فعل فاعلها نفسانياً ، وتنتفى كل مسؤولية عنها ، ما لم يكن القصد من تعاطى المسكر أو المخدر هو الوصول الى تلك الحالة

---

(1) Battaglini "Diritto penale", parte generale, 1940, p. 155.

الميسرة لارتكاب الجريمة ، فيعتبر البدء فى تعاطيهما لهذا الغرض كافيا لأن يتحقق فى الجريمة ركنها المعنوى ، رغم أن الركن المادى فيها سيقع بعد زوال الشعور والاختيار . وهذا ما يعبر عنه بالسلوك الاختيارى فى منشئه actio libera in causa

بل ان القانون الايطالى يجعل من السكر فى مثل هذا الفرض الأخير ظرفا مشددا لعقوبة الجريمة المرتكبة (الفقرة الثانية من المادة ٩٢ من قانون العقوبات الايطالى) .

ذلك عن فقدان الشعور والاختيار ونوع الأفعال المتصور أن تقع أثناءه .

فان لم يكن الفعل من قبيل ما تقدم ، بأن كان ضربا أو جرحا أو قتلا أو سرقة ، فان اتيانه من انسان ما ولو كان سكرانا ، يدل فى ذاته ولذاته على أن هذا الانسان كان عند اتيان الفعل متمتعا — رغم سكره — بالشعور والاختيار . ومعنى ذلك أن جريمته يتحقق منها لا ركنها المادى وحده وانما ركنها النفسانى كذلك ، فتكون فعل السكران جثمانيا ونفسانيا [1] .

غاية الأمر ، اذا تبين أن السكر رغم ابقائه على الشعور والاختيار أنقصهما ، وهذا يتوقف على ظروف كل حالة ، وحساسية كل شخص بمفعول الخمر وهى تختلف باختلاف الأفراد ، يصح أن يعتبر ذلك ظرفا قضائيا مخففا للعقاب ، ما لم يكن القصد من احتساء الخمر هو تيسير ارتكاب الجريمة التى وقعت ، فيكون ذلك على العكس ظرفا مشددا لا مخففا .

ومفاد ذلك ، أنه من الناحية القانونية ، تعتبر مسؤولية السكران عن جريمته كاملة كما لو كانت قد وقعت منه فى حالة صحو . وكل ما يترتب على السكر أن يجعل ظرفا قضائيا مخففا أو ظرفا قانونيا مشددا على التفصيل السالف بيانه .

---

(١) ويستوى فى ذلك أن تكون الجريمة عمدية أو أن تكون غير عمدية كقتل خطأ يرتكبه سائق سيارة سكران . ويجوز أن يقع السكران فى غلط حول الوقائع ينفى لديه القصد الجنائى كالغلط الذى يقع فيه الشخص فى حالة الصحو سواء بسواء ، كما اذا أخذ سكران معطفا للغير ظنا منه أنه معطفه هو . فهنا لا يتوافر القصد الجنائى فى جريمة السرقة .

هذا هو الواجب أن يكون بصرف النظر عن التشريع الكائن .

والواقع أن تأثير الخمر على نفسية محتسيها ، أمر يتوقف تحديده على الحقائق الواقعية وعلى علم وظائف الأعضاء . ولن يكون حكم القانون الجنائى فى صدد شاربها سديداً ، اذا لم يدخل فى تقديره تلك الحقائق الواقعية والعلمية .

وسبق أن بينا فى موضع آخر [1] أثر الخمر على نفسية شاربها ، فقلنا انها توقظ فيه غرائزه الأساسية الأصلية وتنوم لديه غرائزه الثانوية السامية ان كان له من التربية والصقل نصيب .

فان لم يكن لنفسه نصيب من التربية أى كان حظها من الغرائز الثانوية السامية معدوما ، فان انحداره الى الجريمة واقع بدون حاجة الى الخمر ، ويقع من باب أولى اذا احتسى ولو قدراً ضئيلا منها .

أما ان كان نصيب نفسه من الغرائز الثانوية السامية قائما ، وكان فى الوقت ذاته متعادلا مع غرائزه الأساسية الأصلية المتوافرة فى كل انسان ، فان من شأن الخمر أن تيسر انقطاع هذا التعادل بين نوعى الغرائز ، وأن تسهل بالتالى طغيان الغرائز الأصلية على الغرائز الثانوية المهذبة . فالمانع من الجريمة سواء أكان هو الخشية من العقاب أو كان الضمير الصالح الناتج من التربية ، يبدأ فى الغوص والاختفاء ، فتطفو على السطح الغرائز الأساسية وتظهر فى الميدان بمفردها بغير ما قناع أو حجاب ، ومن ثم يطغى الدافع الى الجريمة على المانع منها .

فالخمر على هذا النحو تبدد البقية الباقية من القوة النفسية الحائلة دون وقوع الجرائم ، ما لم يكن نصيب شاربها من الغرائز الثانوية السامية قويا راسخا فى تكوين شخصيته بحيث لا يخشى أن ينام ولا أن تطغى عليه الغرائز الأصلية حتى مع احتساء الخمر ، فلا يكون فى شربها أى ضرر حينئذ ،

---

[1] يرجع فى ذلك الى مؤلفنا فى علم الإجرام .

بل قد يكون فيه نفع يتمثل فى قرض شعر أو انتاج فكرى أو فنى فذ ما كان يتأتى فى حالة الصحو ، لأنه وليد الاشتعال فى ملكة الخيال .

ولما كان وضع قاعدة عامة تحظر الخمر كلية ، يتنافى مع الآثار النافعة التى يمكن للخمر أن تحققها والمفروض فى أغلبية الناس أن أفرادها على نصيب من الغرائز الثانوية المهذبة راسخ فى تكوين شخصيتهم ، وكانت حساسية الأفراد للتأثر بالخمر تختلف باختلافهم ، فانه يكفى القول – كما قلنا – بأن وقوع جريمة فى حالة سكر لا يجعل المسئولية عنها تختلف عما اذا كانت الجريمة قد وقعت فى حالة صحو . بل انه اذا قصد بالخمر تيسير وقوع الجريمة فيعتبر السكر فى هذه الحالة ظرفا مشددا للعقاب . أما اذا لم يكن القصد من السكر هو الاجرام ، فان فاعل الجريمة يصح أن يعتبر سكره ظرفا قضائيا مخففا للمسئولية عنها ، لأنه بالرغم من أن السكر غلب لديه الدافع الى الجريمة على المانع منها ، الا أن ارادته لم تكن منصرفة على كل حال الى هذا التغليب .

وعلى هدى ما تقدم ، نستطيع أن نقرر أن حالة السكر ليست من الأسباب النافية للركن المعنوى فى الجريمة ما لم تكن قد بلغت حد اعدام الشعور والاختيار . وحتى عند الفقدان الكلى للشعور والاختيار ، لا يترتب عليها انعدام المسئولية فى جرائم خاصة يتصور وقوعها مع ذلك الفقدان ، اذا كان فاعلها قد تعمد اعدام الشعور والاختيار لديه تيسيرا لارتكابها ، اذ يعتبر الركن المعنوى لهذه الجرائم قد تحقق فور توافر هذا التعمد .

حالة مفتعل الجريمة agente provocatore :

مفتعل الجريمة انما هو ممتحن لفاعلها يقصد اختبار هذا الفاعل ليضبطه متلبسا بها ، فيرسب هذا الأخير فى الاختبار ويرتكب الجريمة بالفعل وبذا يضبط فى الحالة التى كان الممتحن يتوقعها .

وافتعال الجريمة بهذا المعنى ، يختلف عن اعداد العدة لضبطها فى حالة التلبس ، لأنه محرم محظور فى حين أن هذا الاعداد لازم واجب .

ولكى ينجلى الفرق بين الأمرين ، نبدأ أولا بالحديث عن اعداد العدة لضبط الجريمة فى حالة التلبس .

هذا الاعداد ، يختلف عن افتعال الجريمة ، فى كونه لم يدفع فاعل الجريمة الى ارتكابها ، وانما اقتصر على تسجيل ارتكاب هذا الأخير للجريمة من تلقاء نفسه .

فمن قبيل الاعداد لضبط الجريمة أن ترسل مصلحة البريد نقودا فى خطاب موجه الى شخص خيالى لا وجود له ، فيفض أحد عمال البريد هذا الخطاب ويستولى على النقود المودعة به ويضبط متلبسا بهذه الجريمة (١) ، أو أن يترامى الى علم البوليس أن أحد سائقى سيارات الأجرة يتلاعب فى العداد المسجل فيها للأجرة المستحقة عن المسافة المقطوعة ، فيركب هذه السيارة مخفيا شخصيته ويضبط سائقها متلبسا بهذا التلاعب (٢) ، أو أن يخفى أحد رجال البوليس شخصيته ويذهب للتعامل مع مروج للنقود المزيفة ، فيسلمه هذا فعلا بعض النقد المزيف (٣) ، أو أن يكلف ضابط البوليس شخصا بشراء سلعة مسعرة من تاجر ما ، فيذهب ذلك الشخص الى هذا التاجر ، ويعطيه هذه السلعة بأكثر من سعرها الجبرى (٤) ، أو أن يكلف مأمور الضبط القضائى أحد المرشدين بشراء مادة مخدرة من عطار ثم يضبط العطار وهو يقدم بارادته المادة الى المرشد (٥) .

وواضح فى كل هذه الأمثلة ، أن الجريمة قد ارتكبها فاعلها تلقائيا ولم يفعل ضابطها سوى تسجيل هذا الارتكاب لها .

---

(١) اعتبرت الواقعة جريمة اختلاس فى حكم لمحكمة النقض الايطالية Cass. 20 febbraio 1940 - Rivista penale, 1940, Massimario, 357.

(٢) Manzini — المرجع السابق — الجزء الأول ص ٥٣٧ ، ٥٣٨

(٣) نقض ايطالى ٢٥ أكتوبر ١٩٢٦ - Giustizia penale, 1927, 1124

(٤) نقض ايطالى ١٩ أبريل ١٩١٨ — المجلة السالف ذكرها عدد ٩١ رقم ٢٦٢

(٥) قضت محكمة النقض المصرية بأن هذا لا يعد تحريضا على الجريمة من جانب البوليس وانما من الأعمال الجائزة للكشف عن الجريمة — أول يناير ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢ رقم ١٧٤ ص ٤٦٢

ولهذا السبب فان اعداد العدة لضبطها ليس جائزا فحسب وانما هو واجب أيضا .

ويمكن القول بأن هذا المبدأ مطلق فى كافة جرائم السلوك المجرد وفى كافة جرائم الحدث غير السيء .

أما فى جرائم الحدث السيء سواء أكان حدثا ضارا كما فى جريمة القتل (م ٢٣٠ ع) ، أو حدثا خطرا كما فى جريمة تعريض سلامة وسائل النقل العامة البرية أو المائية أو الجوية للخطر (م ١٦٧ ع) ، فان تركها تقع بحجة ضبطها فى حالة التلبس لا يعتبر من جانب مأمور الضبط غير جائز فحسب ، وانما يعتبر مساهمة منه فى وقوعها تستوجب مسؤوليته الجنائية .

ذلك لأن رجل السلطة العامة حين يعلم أن جريمة حدث ضار أو حدث خطر على وشك الوقوع ، فلا يتخذ اللازم لمنعها قبل أن تقع ، ويتعمد ترك فاعلها يباشر السلوك المفضى اليها حتى تحدث بالفعل ، بحجة أنه كان يريد ضبطه متلبسا ، انما يعتبر مساهما مع فاعل الجريمة بسلوك سلبى ، أى بسلوك مخالف للسلوك الواجب على عاتقه فى واقعة الحال ، والاحجام عن منع حدث ضار أو خطر حالة وجود الالتزام القانونى بمنعه ، يقوم فى نظر القانون مقام تسببه . ومن جهة أخرى ، يتوافر فى المساهمة عندئذ حتى الركن المعنوى فيها ، ولا يشفع لمأمور الضبط التعلل بأن باعثه على موقفه هو ضبط الجانى متلبسا ، لأنه متى توافرت الجريمة بركنيها المادى والمعنوى فى سلوك ما ، لا يكون الباعث على ارتكابها ذا بال بعد ذلك فى رفع المسؤولية عنها .

ذلك عن اعداد العدة لضبط الجريمة فى حالة التلبس . أما عن افتعال الجريمة فله شأن آخر .

ذلك لأنه اذا كان من واجبات رجل السلطة العامة أن يضبط جريمة وقعت من فاعلها تلقائيا ، فانه ليس من واجباته أن يحمل فاعل الجريمة على ارتكابها فى حين أنه لو ترك هذا الأخير وشأنه ما كان يرتكب الجريمة من تلقاء نفسه . فهو فى هذه الحالة يعتبر محرضا على ارتكاب الجريمة شأنه

فى ذلك شأن أى محرض عادى من آحاد الناس . ولا يشفع له فى دفع المسؤولية عنه وفى اعتباره شريكا فى الجريمة بالتحريض لو أنها وقعت ، قوله ان باعثه على التحريض كان ضبط فاعل الجريمة وهى فى حالة التلبس . فالباعث لا يدرأ المسؤولية الجنائية عن مرتكب الجريمة متى تحققت بركنيها المعنوى والمادى . ويصدق فى ذلك الأستاذ الايطالى الكبير مانتسينى حين يقرر أنه من البغى ومنافاة العقل أنه فى سبيل مكافحة الاجرام يصبح مباحا لرجل الضبط أن يجرم

Sarebbe antigiuridico e assurdo ammettere che, per combattere la delinquenza ,sia lecito delinquere. (١)

وهذا المبدأ مطلق عام فى سريانه على كافة أحوال الجريمة أيا كان نوع الجريمة ، وسواء أكانت جريمة سلوك مجرد أو جريمة حدث غير سيىء ، أو جريمة حدث سيىء ضررا كان هذا الحدث أم خطرا .

فلو أن موظفا طلب الى صاحب مصلحة أن يعطيه رشوة ، بدافع ضبط هذا الأخير وهو يقدم الرشوة له ، يعتبر مرتكبا لجناية الرشوة لأن القانون يكتفى فى تقرير وجودها بمحض أن يطلب الموظف المقابل ، وقد طلبه فى هذا المثال بالفعل (جريمة سلوك مجرد) . ويستوى فى الطلب أن يكون صريحا أو ضمنيا .

وفى حكم قديم لمحكمة النقض الايطالية ، قضى بتأييد عقاب أحد رجال البوليس على فعل فاضح علنى مع مومس ، رغم أنه هو الذى أبلغ بهذا الفعل ونسب الى المومس أنها أخرجت قضيبه من سرواله وأمسكت به فى الطريق العام ، وقرر أنه كان يبغى بتيسيره ذلك لها ضبطها متلبسة(٢) .

ولو أن أحد رجال الضبط حرض شخصا على قتل آخر يعلم أنه هو عدو هذا الشخص ، وكان ذلك بقصد ضبط الشخص متلبسا بالقتل

---

(١) Manzini – المرجع السابق – الجزء الثانى – ص ٥١٣

(٢) مانتسينى – المرجع السابق – فى الموضع السابق – ص ٥١٣ – هامش ١

أو بالشروع فيه ، وأطلق المحرض النار فعلا على عدوه فصرعه أو لم يحكم الرماية ولم يصبه ، ثم قبض عليه رجل الضبط المحرض ، فان هذا الأخير يعتبر فى الفرض الأول شريكا بالتحريض فى قتل عمد ، ويعتبر فى الفرض الثانى شريكا بالتحريض فى شروع فى قتل . فان أوقف المحرّض عن اطلاق النار بعد أن كان هذا قد صوب سلاحه ، فان الأصل أن المحرّض يعتبر شارعا فى القتل على صورة جريمة موقوفة ، وأن يعتبر محرضه شريكا معه كذلك فى هذه الجريمة الموقوفة ، لولا أن العدول الاختيارى يرفع عن الشارع عقوبة الشروع ، ومن ثم فهو يرفعها هنا عن عاتق رجل الضبط المحرّض لأنه هو الذى يعتبر بمنعه الفاعل من المضى فى التنفيذ عادلا اختيارا عن تحقيق الهدف الاجرامى المحرض عليه[1] .

بعد ما تقدم ، لا يبقى سوى التساؤل عما اذا كان افتعال الجريمة ينفى لدى فاعلها ركنها المعنوى .

والجواب على هذا السؤال هو بدون شك نفى ، لأن الشخص الذى يرتكب الجريمة بناء على تحريض من الغير ، ولو كان هذا الغير رجل ضبط يريد القبض عليه متلبسا ، تعتبر الجريمة فعله نفسانيا لا ماديا فقط ، ولا يكون من شأن تحريضه على اتيانها أن ينقطع انتسابها الى نفسيته عند تنفيذه اياها .

فافتعال الجريمة اذن ، ليس سببا نافيا للركن المعنوى .

فى اطراح نهج مألوف

جرى النهج التقليدى فى فقه القانون الجنائى على التسليم بما يسمى الأهلية الجنائية ، والقول بأنها ليست متوافرة عند المجنون وعند الصغير ، وأنها شرط لازم لوجود الركن المعنوى فى الجريمة ، باعتبار أنها متمثلة فى ملكة الادراك والاختيار ، وأن هذه الملكة لابد من قيامها للقول بأن الجريمة منتسبة الى نفسية فاعلها ، وأنه شاءها وأرادها .

---

(١) على أن العقوبة لا ترتفع عن عاتق الفاعل نفسه لأنه لم يمتنع عن التنفيذ اختيارا .

والواقع أن هذا النهج يخلط فى مجال الادراك ، بين وجود الادراك ، وهذا أمر ، وبين سلامة الادراك من كل عيب ، وهذا أمر آخر . كما أنه يخلط فى مجال الارادة ، بين وجود الارادة ، وهذا أمر ، وبين حريتها ، وهذا أمر آخر .

فمن حيث الادراك ، قد يكون مقترنا بعيوب تشوب سلامته ، وتجعل الوعى لدى المصاب بها غير سليم ، دون أن يكون من شأن هذه العيوب اعدام الادراك كلية . ويحدث هذا أحيانا – ولو بصفة عرضية عابرة – حتى للرجل العادى من بين الناس . ولكن عيوب الادراك تتوافر على الأخص لدى المجنون ولدى الصغير . ومهما كانت جسامتها فانها لا تعدم الادراك كلية . فالمجنون الذى يستخدم عصا أو سلاحا فى الاعتداء على الغير ، يدرك على الأقل طبيعة الوسيلة المستخدمة بين يديه وأن من شأنها الايذاء ، بصرف النظر عن ادراكه للبواعث والمقدمات السابقة على سلوكه وعن كون ادراكه لها مريضا معيبا .

والصغير الذى يمسك بقطعة حجر ويقذف بها زميلا له مصيبا اياه فى جبهته ، يدرك على الأقل أن هذا حجر ، وأن من شأنه أن يؤذى الغير بقذفه على جسم الغير ، بصرف النظر عن ادراكه لما عدا ذلك من أمور وعن كونه ادراكا معيبا .

فكون الادراك مريضا أو معيبا شىء ، وكونه منعدما كلية شىء آخر .

هذا عن الادراك .

أما عن الاختيار ، فيتعين التمييز فى مجاله كذلك ، بين الاختيار فى ذاته ، وبين حرية الاختيار ، بين الارادة فى ذاتها وبين حرية الارادة .

فالمجنون الذى يعتدى بالعصا على انسان ، قد اختار هذا الاعتداء أى أراده ، والا فما كان يرتكبه . والصغير الذى يقذف بحجر رفيقا له ، قد اختار أيضا هذا الاعتداء أى أراده وشاءه .

أما ان المجنون أو الصغير ، لم يكن فى ذلك الاختيار أو تلك الارادة حرا ، فهذا أمر آخر .

ذلك لأنه بينما القول بوجود الاختيار أو الارادة جواب على السؤال الآتى :

هل فعل المجنون أو الصغير ذلك الفعل ؟

فان القول بوجود حرية الاختيار أو الارادة جواب على سؤال آخر هو :

هل كان فى وسع المجنون أو الصغير ، أن يختار ، أن يريد ، فى واقعة الحال ، فعلا آخر غير ذلك الذى وقع منه ؟

ومن ثم يتضح مدى الفرق بين السؤالين وبين الجوابين ، لأن الجواب على السؤال الأول يكون ايجابا ، فى حين أن الجواب على السؤال الثانى يكون نفيا .

فالمجنون قد اختار ، قد أراد ، الضرب بالعصا فى واقعة الحال ، لأنه لم يكن يسعه فيها أن يختار ، أن يريد ، فعلا آخر غير الضرب بالعصا .

والصغير قد اختار ، قد أراد ، القذف بالحجر ، لأنه لم يكن يملك فى واقعة الحال ، أن يختار ، أن يريد ، فعلا آخر غير قذف الحجر .

فما انعدم لديهما ، ليس هو الاختيار ، ليس هو الارادة ، لأنهما قد اختارا وأرادا بالفعل ، وانما الذى انعدم لديهما هو حرية الاختيار أى حرية الارادة ، أو القدرة على اختيار أمر آخر غير ذلك الذى وقع منهما فعلا .

ولما كان الركن المعنوى فى الجريمة هو انتسابها الى نفسية مرتكبها ، تبعا لكون الجريمة قد صدرت من نفسية هذا الأخير لا من جسمه فقط ، ولم تحمله قوة خارجية على اتيانها بغير رضاء من نفسه ، سواء أكانت هذه القوة انسانية فى صورة اكراه أو حادث فجائى ، أو طبيعية فى صورة

قوة قاهرة ، فان الركن المذكور — وهذا هو معناه — يتوافر حتى فى جريمة المجنون أو جريمة الصغير ، ما دامت لم تحملهما على ارتكاب هذه الجريمة قوة خارجة عن نفسيتهما .

وينبنى على ذلك ، أن الركن المعنوى للفعل متوافر فيه حتما بتوافر صفة الانسان فى فاعله ، لأن الانسان مخلوق يريد . وليس الجنون سوى مرضا يرد على الارادة ليعدمها حريتها لا ليعدمها وجودها . وليس الصغر سوى نقصا فى النمو النفسى يجرد الارادة من حريتها دون أن يجردها من وجودها .

والارادة وحدها ، لا حرية الارادة ، هى اللازمة فى سبيل القول بأن فعلا ما قد صدر من نفسية فاعله بالاضافة الى صدوره من جسم هذا الفاعل ، أى هى وحدها اللازمة فى سبيل أن يتوافر للجريمة ركنها المعنوى فوق ركنها المادى .

وأما أن فاعل الجريمة ، لم يكن فى وسعه أن يريد غير الجريمة ، بسبب جنونه أو بسبب صغره ، فهذا أمر لا ينفى أنه أراد الجريمة على كل حال ، وأنها انبعثت من نفسه ولم تكن فعل الجسد وحده .

فالركن المعنوى فيها متوافر الى جانب الركن المادى .

وانعدام حرية الاختيار ، أمر خارج عن نظرية الفعل فى ذاته ، وعن ركنيه المادى والمعنوى ، لأن مجاله هو نظرية المسؤولية عن الفعل ، لانظرية الفعل نفسه ، من حيث كون النفس قد تضافرت فى انتاجه مع الجسد . فحيث يوجد دور النفس فى انتاج الفعل ، يوجد بالتبعية الركن المعنوى فى الفعل ، بمعنى أنه لا يعزى الى الجسد وحده ، ولا يعتبر ما تحقق منه هو الركن المادى بمفرده .

ولما كانت حرية الارادة[1] مجالها لا نظرية الفعل فى ذاته ، وانما نظرية المسؤولية عن الفعل ، فان معنى ذلك ، أن كل فعل يقع من انسان ضد ارادة

---

[1] تعنينا هنا الارادة أكثر مما يعنينا الادراك ، لأن كل خلل فى الادراك لابد من تأثيره على الارادة ، ولكن ليس كل خلل فى الارادة مؤثرا على الادراك . فحسبنا الحديث عن الارادة لأنها جامعة شاملة ضمن محتواها الادراك كذلك .

القانون الجنائى ، ولو كان هذا الانسان مجنونا أو صغيرا ، يعتبر محققا من الجريمة ركنها المعنوى لا المادى وحده ، ما دام وقوع الفعل لم يكن وليد قوة خارجة عن شخص فاعله ، وما دامت الصلة بينه وبين نفسية هذا الفاعل قائمة لم تقطعها أية قوة من هذا القبيل .

فحتى فعل المجنون أو الصغير ، يعتبر جريمة ، اذا ما كان ينطبق عليه نص من نصوص قانون العقوبات ، ولم يكن وليد اكراه تعرض له المجنون أو الصغير ، أو قوة قاهرة أو حادث فجائى .

وما دام فعل المجنون أو الصغير جريمة ، فانه يستوجب المسؤولية الجنائية كفعل العاقل الراشد سواء بسواء .

غاية الأمر يترتب على تخلف حرية الارادة لدى المجنون أو الصغير ، أن يتغير نوع مسؤوليته ، فبدلا من أن يتبع فى مساءلته طريق الايلام ، أى طريق العقوبة ، يتبع معه طريق آخر هو طريق العلاج أى طريق التدبير الوقائى .

فأنت تؤلم الشخص لتحمله على أن يختار فى المستقبل فعلا آخر غير الفعل الاجرامى الذى وقع منه . ولن يحقق ايلام الشخص الغرض المنشود منه ، الا حيث يكون فى وسع هذا الشخص أن يختار أمرا آخر غير الذى أولم من أجله ، فيكون إيلامه مجديا فى حمله على اختيار هذا الأمر الآخر . أما اذا لم يكن فى وسعه أن يختار غير الذى اختاره ، لأنه مسوق حتما الى اختيار ما اختاره والى العود اليه لعدم القدرة على اختيار غيره ، اما بحكم المرض العقلى ، واما بحكم الصغر ، فيكون من العبث فى هذه الحالة ايلامه لحمله على ايثار أمر لا يمكن أن تواتيه القدرة على اختياره طيلة بقائه مصابا بالمرض العقلى أو بنقص النمو النفسى . ويكون السبيل الأجدى معه فى هذه الحالة والكفيل بحمله على الاقلاع عن الاجرام ، هو سبيل العلاج لا سبيل الايلام .

وقد يقول قائل ان ايداع المجنون مستشفى الأمراض العقلية لعلاجه ، وايداع الصغير اصلاحية الأحداث لتقويمه ، ليس جزاء جنائيا وانما هو اجراء من اجراءات التحفظ الادارى .

ولكن هذا القول غير صحيح .

ذلك لأن من ينطق بايداع المجنون المستشفى أو بايداع الصغير الاصلاحية هو القاضى الجنائى لا جهة الادارة ، ولابد فى الأمرين من حكم قضائى ولا يكفى فيهما قرار ادارى ، وورد النص عليهما فى القانون الجنائى لا القانون الادارى (يراجع نص المادة ٣٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية بالنسبة للمجنون ، والمواد ٦٥ وما بعدها من قانون العقوبات بالنسبة للصغير).

ولا أدل على أن التدبيرين المذكورين من تدابير المسؤولية الجنائية لا من التدابير الادارية ، من أن القانون نفسه عبر عن فعل المجنون فى المادة ٣٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية بأنه جناية أو جنحة ، وعبر عن فعل الصغير فى المواد ٦٥ وما بعدها من قانون العقوبات بأنه جناية أو جنحة أو مخالفة ، ومن أن التدبير الوقائى لا يحكم به لا على المجنون ولا على الصغير حيث يتضح أن الفعل الواقع منهما قد توافر سبب من أسباب اباحته كالدفاع الشرعى .

فالتدابير التى تتخذ مع المجانين والصغار ، تدابير مسؤولية جنائية بكل معنى الكلمة ، لا محض تدابير ادارية .

وهى صورة من المسؤولية الجنائية ، تسمى بالمسؤولية العلاجية أو الوقائية تمييزا لها عن الصورة الأخرى المألوفة والتى يمكن تسميتها بالمسؤولية العقابية .

ومادام الأمر كذلك ، فانه اذا كان يوجد فى القانون المدنى محل للكلام عن أهلية مدنية لابرام التصرفات وتحمل آثارها المالية ، فانه لا محل للكلام فى القانون الجنائى عن أهلية جنائية للقول بأنها تتوافر فى بعض الناس دون البعض الآخر .

فالأهلية الجنائية أى أهلية الخضوع للمسؤولية الجنائية ، تتوافر فى جميع الناس قاطبة وفى كل انسان من حيث كونه انسانا ، ولو كان مجنونا أو صغيرا .

والفعل الذى ينطبق عليه نص قانون العقوبات يوصف بوصف الجريمة ولو كان فاعله مجنونا أو صغيرا .

ولا يقدح فى ذلك الزعم بأن القانون الجنائى لا يوجه أوامره الى المجانين والصغار وانما الى العقلاء الراشدين .

ففضلا عن كون هذه الحجة قديمة عتيقة ، فانها نظرية بحتة ليس لها ثمة أثر عملى يذكر . وحتى العاقل الراشد مأخوذ بحكم القانون الجنائى ولو كان يجهل فعلا وحقيقة هذا القانون ، اذ العلم بالقانون مفترض لديه ، وأوامر القانون ونواهيه موجهة اليه حتى اذا كان لا يحس ولا يعلم بوجودها .

فالقانون الجنائى يعنى بأوامره ونواهيه كافة المواطنين الخاضعين لحكمه أيا كانوا ، ومنهم المجانين والصغار ، والجاهلون بحكمه جهلا حقيقيا ، والعلم به مفترض لدى الكافة .

ومادام الأمر كذلك ، فانه لا ينفى وجود الجريمة بصفة عامة ، والركن المعنوى لها على وجه خاص ، أن يكون فاعلها مجنونا أو صغيرا .

وليس من شأن الجنون أو الصغر ، تجريد الفعل من صفة الجريمة ، وانما كل ما يترتب عليهما أنهما يغيران نوع المسؤولية الجنائية عن الجريمة ، فتصبح وقائية أو علاجية ، بدلا من أن تكون عقابية .

ومن ثم نخال أنفسنا مصيبين للحق حين نقول أن الجنون أو الصغر ليس مجالها النظرية العامة للفعل ، وانما محلهما النظرية العامة للمسؤولية ، بوصفهما من أسباب تصنيف المسؤولية أى تحديد نوعها .

(ثانيا)

فى النظريه العامة للفاعل

اذا كانت النظرية العامة للفعل قد قتلت بحثا ، فان النظرية العامة للفاعل لم يكن لها فى البحث نفس الحظ .

وقد كان من شأن العناية بالنظرية العامة للفعل ، أن أصبحت أمرا تقليديا مقررا المعادلة الآتية :

جريمة = عقوبة

أما العناية بالنظرية العامة للفاعل فقد كان من شأنها العمل على تغيير تلك المعادلة التقليدية ، وصياغتها على الوجه الآتى :

جريمة + حرية اختيار + خطورة اجرامية = عقوبة .

فلم يعد تحقق الجريمة بركنيها المادى والمعنوى كافيا فى ذاته لاعتبار فاعلها العاقل الراشد مسؤولا ، وانما أضيف فى سبيل المسؤولية شرط آخر هو أن يكون فاعل الجريمة على خطورة اجرامية .

والفضل فى اضافة هذا الشرط انما يرجع الى العناية بالنظرية العامة للفاعل ، بعد أن كانت العناية كلها محصورة فى النظرية العامة للفعل .

وليس أدل على أن الخطورة الاجرامية للفاعل صارت شرطا للمسؤولية الجنائية بالاضافة الى الجريمة المرتكبة ، من ذلك النظام المقرر فى قانون العقوبات المصرى وغيره من القوانين ، وهو وقف تنفيذ العقوبة ، وذلك النظام المقرر فى القانون الايطالى والذى يسعى للأخذ به فى الجمهورية العربية المتحدة مشروع قانون العقوبات الموحد ، وهو نظام العفو القضائى(1)

---

(1) نص على هذا النظام القانون الايطالى فى المادة ١٦٩ منه . ومعناه أن يتقرر عدم وجود وجه لإقامة الدعوى – ان كانت لا تزال فى مرحلة التحقيق الابتدائى – أو أن يحكم القاضى بعدم وجود وجه للمحاكمة non dovere procedere اذا كانت الدعوى قد دخلت فى حوزته . والحكم بعدم وجود وجه للمحاكمة لا نظير له فى القانون المصرى . غير أن المادة ١٥٤ من مشروع قانون العقوبات الموحد تجيز للقاضى اصدار هذا الحكم مقررة أن للقاضى أن يصدر " أمرا بالعفو " عن المتهم .

فوقف تنفيذ العقوبة والعفو القضائى ، معناهما أنه بالرغم من قيام الجريمة بركنيها المادى والمعنوى ، لا توقع عقوبة عنها لتخلف الخطورة الاجرامية فى شخص فاعلها .

على أن أهمية الخطورة الاجرامية ، باعتبارها ثمرة العناية بالنظرية العامة للفاعل ، لا تقف عند حد اطراح العقوبة بمقتضى نظامى وقف التنفيذ والعفو القضائى ، وانما تظهر فى ميادين أخرى عديدة يعتد القانون فيها بوجود تلك الخطورة أو بتخلفها ، سواء أكان هذا الاعتداد بها من جانبه صريحا أو ضمنيا .

فمن قبيل تعويل القانون على معيار الخطورة الاجرامية للفاعل ، ما كانت تنص عليه المادة ٥٢ من قانون العقوبات المصرى قبل الغائها ، من أنه يجوز للقاضى أن يقرر اعتبار المتهم مجرما اعتاد الاجرام ويأمر بارساله الى محل خاص تعينه الحكومة (اصلاحية الرجال) .

ومن قبيل ذلك ما ينص عليه القانون الايطالى من اعتياد على الجريمة (م ١٠٣) ، واحتراف لها (م ١٠٥) ، وميل اليها (م ١٠٨) .

ومن قبيله أيضا ، نظام الافراج تحت شرط ، ونظام توزيع المسجونين على فئات فى السجن ، ونظام رد الاعتبار .

فما هو المراد بالخطورة الاجرامية ؟ Pericolosità criminale

أفرد لها قانون العقوبات الايطالى — خلافا للقانون المصرى — نصا خاصا هو نص المادة ١٣٣ منه ، وقد عبر عنها فيه باستعداد الشخص للاجرام Capacità a delinquere

ويمكن تعريفها بأنها حالة نفسية يحتمل من جانب صاحبها أن يكون مصدراً لجريمة مستقبلة la condizione psichica di una persona in quanto probabile causa di reato [1]

---

(١) Grispigni — المرجع السابق — الجزء الأول ص ١٧٤ ، ١٧٥

ويتعين التمييز فى مجال الخطورة الاجرامية للفاعل ، بين العناصر المكونة لها ، والعوامل المنشئة لها ، والامارات الكاشفة عنها ، والملابسات الموقظة لمفعولها أى العوامل المنبهة لها .

فبينما العناصر المكونة للخطورة الاجرامية تتحدد بها الكيفية التى تكون بها نفسية انسان ما مصدرا محتملا للاجرام ، وما اذا كانت تلك النفسية كذلك حقيقة والى أى مدى ، فان العوامل المنشئة لتلك الخطورة معناها الأسباب التى من أجلها وجدت فى النفس الخطرة العناصر المكونة للخطورة فيها ، وهى أسباب عدة ، قد تكون عضوية وقد تكون وراثية وقد تكون بيئية ، والامارات الكاشفة عن الخطورة هى المظاهر المعبرة عنها أى هى بالنسبة للشىء دليل اثبات الشىء ، وأما العوامل المنبهة أو الموقظة فهى اما وسط خاص من شأن وجود الشخص فيه احتمال ارتكابه للجريمة بينما لا يكون لهذا الاحتمال وجود لو أنه وجد فى وسط آخر — وهذا ما يبرر التدبير الوقائى المعروف بحظر الاقامة — واما عامل معين من شأنه اذا انضاف الى التكوين النفسانى للشخص أن يمهد للجريمة سبيل الوقوع مثل عامل الاستفزاز .

ويحتاج الأمر الى تفصيل فيما يختص بالعناصر المكونة للخطورة ، والعوامل المنشئة للخطورة ، والامارات الكاشفة عنها .

فالعناصر المكونة للخطورة ، لا يتعدى جوهرها نقصا فى العواطف الخلقية الممسكة ، وافراطاً فى العواطف الأنانية الدافعة .

والخطورة بهذا المعنى اما عامة تنذر بأية جريمة ، واما خاصة تنذر بجرائم معينة أو من نوع معين ، ومن ثم تنشأ منها صورة من التخصص فى اجرام معين .

وهى كذلك على درجات . فهناك خطورة أشد وهناك خطورة أخف . وتتفاوت الخطورة من حيث الشدة بتفاوت أهمية الحق الفردى أو الاجتماعى الذى يحتمل أن يكون محل اعتداء من جانب الشخص الخطر . فكما توجد

خطورة منذرة بجرائم جسيمة ، توجد أخرى منذرة بجرائم طفيفة من قبيل القذف أو السب أو خيانة الأمانة ، أو حتى المخالفات .

ولأن الخطورة الاجرامية هي احتمال أن يكون الشخص مصدرا لجريمة في المستقبل ، فانها تتدرج في الشدة كذلك حسب درجة هذا الاحتمال . ودرجة احتمال الاجرام تتوقف على نوع الخلل النفساني المشوب به تكوين الشخص ، وعلى مدى الحدة في هذا الخلل ، وعلى عدد وجوه الخلل ، وعما اذا كان الخلل دائما أم عرضيا ، وعلى طول أو قصر الوقت الذي انقضى على نشوء الخلل في النفس ، وعلى ما اذا كان الخلل طبيعيا أم مكتسبا ، وعلى ما اذا كان العامل المنشيء له عضويا أم موروثا أم بيئيا .

فمن حيث نوع الخلل ، يحق التساؤل عما اذا كانت أنواع الخلل على درجات من حيث تهيئتها للجريمة وذلك فيما يتعلق بالكيفية ، ومع افتراض تساويها في الكمية .

وردا على هذا التساؤل يمكن القول بأنه مع افتراض التساوي بين أنواع الخلل من حيث الكمية ، فانها تتفاوت فيما بينها من حيث مدى مساهمتها في انتاج الاجرام ، ويعتبر ما يصيب منها الدائرة العاطفية من الشخصية أفعل مما يصيب منها الشخصية في دائرتها الذهنية أو في دائرة الارادة .

والمقصود من ذلك هو تقرير أن أهم دور تلعبه وجوه الخلل النفسي في توليد الجريمة ، هو دور الوجوه العاطفية منها والمتمثلة في انعدام أو نقصان الوازع الخلقي من جهة ، والافراط في نوازع الأنانية من جهة أخرى .

ومن العسير أن تدرج نوازع الأنانية بحسب فاعليتها في انتاج الجريمة ، وكل ما يمكن تقريره هو أنه من النوازع الغالب تداخلها في انعقاد الارادة على الاجرام ، الانتقام والكراهية والغيرة الجنسية في جرائم الاعتداء على الأشخاص ، والجشع في جرائم الاعتداء على الأموال ، والهوى الجامح في الجرائم الجنسية .

ذلك عن نوع الخلل .

أما عن مدى الحدة فيه ، فمعيار من المعايير التى يقسم بها المجرمون الى فئات . ومن التقسيمات التى يطبق فيها هذا المعيار ، تقسيم المجرمين الى عقلاء وأنصاف مجانين ومجانين ، وتقسيمهم الى مجرمين بالطبع ومجرمين بالصدفة .

وأما عن تعدد وجوه الخلل ، فتتوقف عليه هو الآخر درجة الخطورة . وتعددها تارة يكون فى الدائرة الذهنية من الشخصية ، وتارة يكون فى الدائرة العاطفية . وكثيرا ما يتوافر فى الدائرتين معا .

وكون الخلل دائما أم عابرا ، له أهميته فى تحديد درجة الخطورة ، كما أن كونه استثنائيا بالقياس الى الطريقة المستقر عليها كيان الشخصية ، وعلى الأخص كونه استغرق فترة وجيزة وزال كل أثر له وقت الحكم فى الدعوى ، أمر يستتبع استبعاد الجزاء كما فى وقف تنفيذ العقوبة وكما فى العفو القضائى . وأخيرا فانه على الأساس نفسه يتوقف اكتشاف من يسمون بالمجرمين غير القابلين للاصلاح .

ومن حيث الوقت الذى مضى على نشوء الخلل فى النفس ، لا شك فى أنه كلما مضى عليه وقت أطول ، صار المصاب به أخطر .

وتنقسم الخطورة الاجرامية كذلك الى خطورة وسيلة علاجها هى العقوبة ، وخطورة وسيلة علاجها هى التدبير الوقائى .

ولقد بسطنا فيما تقدم العناصر المكونة للخطورة الاجرامية وقابلية هذه الخطورة للتدرج ، ونتكلم فيما يلى عن مصادر هذه الخطورة أى العوامل المنشئة لها فى نفس صاحبها .

هذه العوامل سبق أن حددها مؤسس المدرسة الوضعية انريكو فرى — على ما سبق بيانه — بأنها عامل عضوى شخصى organico ، وعامل طبيعى

fisico (من الوسط المادى المحيط) ، وعامل اجتماعى sociale (من الوسط الروحى المحيط) .

فالمدرسة الوضعية تعتبر الجريمة وليدة التفاعل بين هذه العوامل الثلاثة مجتمعة على اختلاف فى نسبة وجود كل منها تبعا لتباين الجرائم وتغاير الأشخاص .

فليس العامل المنتج للجريمة عضويا شخصيا بحتا ، منبعثا من شخص المجرم نفسه فحسب ، وانما لابد فى انتاج الجريمة من عامل خارج عن شخصه كذلك ، ومستمد من المحيطين الطبيعى والاجتماعى . كما أنه ليس العامل الاجتماعى بمفرده أو العامل الطبيعى بمفرده مصدر الجريمة ، بل لابد من أن ينضاف اليه فى انتاجها العامل العضوى الشخصى . فكل نوع من الأنواع الثلاثة للعوامل له نصيب فى كل تفاعل منتج للجريمة ، وان كانت نسبة نصيبه فى هذا التفاعل ليست ثابتة وانما متغيرة بتغير الأشخاص والجرائم .

ومعنى ذلك بعبارة أخرى ، أن جريمة المجرم خلاصة التفاعل بين الداخل والخارج ، بين دخيلته وبين الخارج المحيط به ، ولا فكاك للخارج عن الداخل كما أنه لا انفصال للداخل عن الخارج فى توليد كل جريمة . غاية الأمر تارة يكون للداخل فى انتاج الجريمة نصيب أوفى وتارة يكون هذا النصيب للخارج . ففى الحالة الأولى نكون بصدد مجرم بالتكوين ، وفى الحالة الثانية أمام مجرم بالصدفة .

على أنه كلما كان الاجرام راجعا الى الداخل أكثر من رجوعه الى الخارج ، كانت الخطورة الاجرامية للمجرم أشد درجة ، بمعنى أنه كلما كان مصدر الخلل النفسانى الذى تتمثل فيه الخطورة الاجرامية هو العامل العضوى الشخصى أكثر من العامل البيئى الخارجى ، كانت هذه الخطورة أكبر مما لو كان العامل الخارجى البيئى فيها هو الغالب على العامل العضوى . ولما كان للوراثة دخل كبير فى وجود العوامل العضوية التى يقوم عليها التكوين الذاتى للأشخاص ، فيمكن القول بأنه كلما كانت الوراثة مصدر الخطورة الاجرامية ، كانت هذه أشد درجة .

واذا كانت الخطورة الاجرامية محددة الوجهة ، بأن كان النوع الذى تدفع بصاحبها الى ارتكابه من الجرائم معينا معروفا (حالة التخصص) ، فانه يكاد يكون غير محسوس فيها فعل العامل الخارجى وان كان لهذا العامل نصيب لابد منه فى انتاج كل جريمة متولدة منها . أما حيث تكون الخطورة الاجرامية غير محددة الوجهة ، بأن كان يستوى لدى صاحبها أن يرتكب هذه الجريمة أو تلك ، أو يعتدى على هذا الحق أو ذلك ، فان دور العامل الخارجى البيئى فى هذه الحالة أظهر ، من حيث كونه هو الذى يحدد نوع الاجرام الذى يمكن أن تتمخض تلك الخطورة عنه .

والخطورة التى نتحدث عنها فى هذا المجال ، وصفت بأنها اجرامية ، لكون ما تنذر به هو الجريمة . فلا يكفى نعتها بأنها اجتماعية ، لأنه ليس من اللازم فى الأفعال المضادة لمصالح المجتمع أن تكون جريمة ، فقد تكون ماسة من هذه المصالح بشرط اضافى من شروط الكمال ، لا بشرط جوهرى من شروط الكيان والوجود . فالخطورة الاجتماعية جنس ، والخطورة الاجرامية نوع من هذا الجنس . وهذا النوع بالذات هو الذى يخص بالبحث فى مجال القانون الجنائى .

ولا يلزم أن ينحصر وجود الخطورة الاجرامية فى الشخص الذى أجرم بالفعل دون سواه . فقد تتوافر حتى فى شخص لم يرتكب جريمة بعد ، وانما يحتمل بسبب وجودها فيه أن يرتكب جريمة . وفى الحالة الأخيرة لا يكون للقانون الجنائى دور فى الخطورة الاجرامية ، اذ القانون الذى يعنى بها فى هذه الحالة هو قانون البوليس ، ما لم يعتبر قانون البوليس بمثابة قانون جنائى وقائى ، تمييزا له عن القانون الجنائى بالمعنى الضيق وهو قانون جنائى علاجى .

وعند هذا الحد يقف حديثنا عن العوامل المنشئة للخطورة الاجرامية فى شخص ما ، أى العوامل التى يعزى اليها ذلك الخلل النفسانى المشوب به تكوين هذا الشخص والذى يحتمل معه أن يكون هذا مصدرا لجريمة .

وبذا نكون قد عالجنا ماهية الخطورة الاجرامية أى جوهرها والعناصر المكونة لها ، والعوامل المنشئة لها فى نفس صاحبها ، ولم يبق سوى علاج الامارات الكاشفة عنها أى الدالة على وجودها فى شخص ما .

وقبل مواجهة العوامل الكاشفة عن الخطورة الاجرامية ، نرى ازالة بعض الاعتراضات التى يحتمل أن توجه الى نظرية هذه الخطورة .

فقد يعترض عليها بأنه لما كانت الخطورة الاجرامية هى احتمال الاجرام فان تعليق المسؤولية الجنائية عليها وجودا وعدما من جهة ، والاسترشاد بها من جهة أخرى فى تحديد نوع هذه المسؤولية اذا ما تبين وجوبها ، وفى تحديد مقدار العقوبة فيما لو كانت مسؤولية عقابية ، معناهما تعليق المسؤولية الجنائية على أمر محتمل لا على يقين ثابت .

وردنا على هذا الاعتراض ، أن الأمر المحتمل فى الخطورة الاجرامية ، هو الجريمة المستقبلة ، وأما هذه الخطورة فى ذاتها فليست مستقبلا محتملا وانما هى أمر حاضر ثابت . فهى ثابتة ثبوت الخلل النفسانى القائم فعلا عند شخص ما والذى من شأنه أن يجعل هذا الشخص مصدرا لجريمة ينتظر وقوعها منه .

وليست العقوبة التى يحكم على المجرم بها ، مجرد أذى يقاس بمقدار الأذى الذى حققته جريمته ، وانما هى وسيلة لعلاج الخطورة الاجرامية فى هذا المجرم أى لمنع الجريمة الجديدة التى يحتمل أن يكون هو نفسه — مرة أخرى — مصدرا لها . وليس بلازم فى سبيل توقيع العقوبة أن تكون هذه الجريمة الجديدة أمرا واقعا ، بل يكفى أن يكون أمرا واقعا الخطر المنذر بها ، أى الخطورة الاجرامية فى شخص من يحتمل ارتكابه لها .

وقد يعترض على النظرية من جهة أخرى ، بأن تعليق المسؤولية الجنائية على الخطورة الاجرامية ، معناه فتح الباب لتحكم القاضى .

ولكن هذا الاعتراض مردود عليه ، بأنه لما كانت أهم امارة كاشفة عن وجود الخطورة الاجرامية فى انسان ما ، هى الجريمة التى ارتكبها فعلا

هذا الانسان والتى مثل أمام القاضى بسببها ، فان هذه الجريمة لكونها حقيقة واقعة لا يبقى معها أى مجال لتحكم القاضى فى التقدير .

بل ان تفسير الجريمة الواقعة نفسها باعتبارها امارة كاشفة عن الخطورة الاجرامية ، قد تولاه عن القاضى القانون نفسه اذ حدد لكل جريمة فى القسم الخاص جزاءا مفصحا عن مدى خطورة من يرتكبها ، كما عين القانون للقاضى بالتفصيل وعلى الأخص فى القانون الايطالى ، ما يعتبر ظرفا مخففا وما يعتبر ظرفا مشددا [1] ، بل رسم القانون الايطالى للقاضى — على ما سنرى — كافة الامارات التى — بالاضافة الى الجريمة المرتكبة — تكشف عن وجود الخطورة الاجرامية فى فاعلها .

ومادام الأمر كذلك ، فلا يبقى ثمة مجال لأى تحكم من جانب القاضى .

ثم انه اذا كان هناك محل للخشية من تحكم القاضى ، فيكون لهذه الخشية مجالها كذلك حتى فى الحالات التى يتطلب القانون فيها لوجود الجريمة توافر خطر معين كعنصر فى الركن المادى المكون لها . ومع ذلك ، فانه فى هذه الحالات لا تقوم أدنى شبهة فى أن على القاضى أن يستظهر وجود هذا الخطر أو عدم وجوده ، ولا يحول الزعم بالتحكم دون أدائه لهذه المهمة . واذا لم نسلم للقاضى بهذا الدور فلا يتأتى التسليم به حتى للقائمين على تطبيق قانون البوليس بوصفهم مطالبين بمنع كل خطورة اجرامية من أن تتمخض عن جريمة فعلية .

ومتى استقر معنى الخطورة الاجرامية ، وأهميتها سواء فى تقرير المسؤولية الجنائية ذاتها ، أو تحديد نوعها متى تقررت ، أو تحديد مقدار العقوبة فيها ان كانت مسؤولية عقابية ، يحق لنا بعدئذ أن نتعرض للكلام على الامارات الكاشفة عن وجود تلك الخطورة .

* * *

---

(١) اتبع مشروع قانون العقوبات الموحد نفس النهج بأن حدد على وجه التفصيل فى المادة ١٤٩ منه الأعذار المخففة وفى المادة ١٥٥ الظروف المشددة .

ولا شك فى أن أهم امارة تكشف عن وجود الخطورة الاجرامية فى شخص ما ، هى الجريمة التى ارتكبها هذا الشخص .

ويرجع ذلك الى سببين :

السبب الأول أن الخطورة الاجرامية فى جوهرها — على ما بينا — أحوال نفسانية مشوبة بخلل من شأنه أن يجعل صاحبها مصدرا للاجرام . ولما كان من غير الممكن لمس تلك الأحوال والوقوف عليها بطريق مباشر ، فان الالمام بها لا يتأتى الا بطريق غير مباشر . هذا الطريق غير المباشر ليس سوى السلوك الذى يسلكه من يوجد فى تلك الأحوال .

ولا يكفى أن يسلك الشخص سلوكا منافيا للأخلاق ؛ كى يستشف من ذلك وجود الخطورة الاجرامية فيه . فقد يكون الانسان من أسوأ الناس أخلاقا دون أن يدخل مع ذلك فى عداد المجرمين .

ولا يكفى أن يكون الانسان مختل النفس ، بل لا يكفى أن يكون مصابا بالجنون ، ليستدل من ذلك على خطورته الاجرامية . فكثيرون هم المجانين بل المصابون بالجنون الخلقى ، والذين لا يرتكبون مع ذلك جريمة ما .

ومن ثم فان وقوع جريمة بالفعل هو أهم ما يكشف عن وجود الخطورة الاجرامية بوصفها استعدادا للاجرام . فما كان المجرم يجرم لو لم يكن لديه للجريمة استعداد . وهذا الاستعداد ليس سوى الخطورة الاجرامية . ولا تفقد الجريمة دلالتها على الخطورة الاجرامية الا فى حالات استثنائية تتميز بأن الجريمة الواقعة فيها طفيفة من جهة ، وبأن خطورة الفاعل فيها قد طرأ عليها الزوال من جهة أخرى قبل النطق بالحكم ، ولهذا أهميته فى وقف تنفيذ العقوبة وفى العفو القضائى .

والسبب الثانى أن الجريمة هى الامارة الأكيدة الموثوق من توافرها ، اذ الامارات الأخرى الدالة على وجود الخطورة قد يكون من المتعذر الوقوف عليها مثل الحياة الماضية للمجرم ، لا سيما اذا كان أجنبيا ،

وقد يكون من غير اللازم البحث عنها اذا كانت الجريمة المرتكبة هينة لا تستدعى استقصاء عن حياة فاعلها فى الماضى ولا دراسة مباشرة لشخصيته .

فلهذين السببين ، لا مناص من التسليم بأنه بينما الجريمة تحتل من بين الامارات الكاشفة عن الخطورة الاجرامية المكان الأول ، تحتل سائر الامارات المكان الثانى .

وبناء على ذلك ، نبدأ بالكلام فيما يلى عن الجريمة كامارة كاشفة عن الخطورة الاجرامية ، ثم نتكلم عن سائر الامارات .

* * *

ينسب الايطاليون الى الجريمة دلالتين :

دلالة سببية valore causale ودلالة كشفية valore sintomatico .

فالدلالة السببية للجريمة ، هى الأثر المباشر للجريمة ، وكذلك أثرها غير المباشر ، فى المجتمع الذى تحققت به .

فالأثر المباشر لها يظهر فى الموضوع المادى لسلوك فاعلها ، وقد يكون كما رأينا ، الاضرار بحق للغير أو تعريضه للخطر .

أما أثرها غير المباشر ، فهو على الدوام مساس بمال تعتبر حمايته بمثابة الموضوع القانونى للجريمة ، أى اعتداء على مال اجتماعى تكون صيانته فى نظر المشرع ، شرطا يتعلق به حق المجتمع فى الكيان والبقاء أو ظرفا مكملا لشرط من هذا القبيل .

تلك هى الدلالة السببية للجريمة ، وهى لصيقة — على ما هو ظاهر — بمادة الفعل فى ذاته ، ومبينة لجوهر هذه المادة .

أما الدلالة الكشفية للجريمة فهى — كما سنرى — لصيقة بشخص فاعلها ومبينة لجوهر نفسيته .

واذا كانت للخطورة الاجرامية امارة كاشفة عنها فى الجريمة المرتكبة ، فان ما يعتبر من الجريمة بمثابة هذه الامارة ، هو الدلالة الكشفية لها ، وان كانت الدلالة السببية داخلة كعنصر فى الدلالة الكشفية وكجزء لا يتجزأ منها .

والدلالة الكشفية للجريمة تبدو من وجهات نظر ثلاثة :

(أولا) من وجهة أن الجريمة كاشفة عن نفسية فردية individualità. psichica

و (ثانيا) من وجهة أنها كاشفة عن خطورة اجرامية . pericolosità criminale

و (ثالثا) من وجهة أنها كاشفة عن خلل نفسانى . difetto psichico

أما أن الجريمة تكشف عن نفسية فردية ، فذلك لأن مصدرها هو نفسية فاعلها .

وكل سلوك انسانى ، يكشف عن نفسية من سلكه .

ومسالك الانسان عديدة لا تحصى ، ولا يعتبر أى سلوك انسانى كاشفا عن نفسية صاحبه بقدر ما تكشف الجريمة كسلوك خاص عن هذه النفسية . ذلك لأن السلوك العادى ان كشف من الشخصية جزءا منها ، فان السلوك الاجرامى يكشف منها جزءا أكبر ، ان لم يكشفها كلها بأجمعها ، لما ثبت من أن مزاج الشخص وطبعه يتمثلان ويتجسمان على أكمل صورة فى الجريمة التى يرتكبها . ولذا فانه بينما يكون طبع ما مهيئا لسلوك ما ، كثيرا ما يكون من المستحيل مع وجود طبع آخر اتيان مثل هذا السلوك .

وأما أن الجريمة تكشف عن خطورة اجرامية ، فذلك لأن الغالب فى الأمور ، وان لم يكن هذا أمرا دائما ، هو أن يكون المجرم مرة ، مصدرا لجريمة يرتكبها مرة أخرى[1] . فوقوع الجريمة فى ذاته دليل على أن فاعلها

---

(١) فيقرر واضع قانون العقوبات الايطالى Arturo Rocco أن الخطورة الاجرامية تتحدد مبدئيا على أساس مدى الجسامة المادية لجريمة المرتكبة ، غير أن تقدير وجودها على هذا الأساس ، يقبل التعديل بفعل عناصر أخرى متميزة عن الجريمة فى ذاتها . يراجع فى ذلك مؤلف الأستاذ Grispigni – الجزء الأول – ص ٢٠٨ – هامش ١١٩ مكرر .

كان على استعداد لأن تقع منه . كما أنه يدل كذلك على أن الانذار بالعقاب لم يمنع فاعلها من اتيانها .

ومن جهة أخرى ، فان الثابت من أبحاث علم النفس أن تحقق سلوك ما مرة ، من شأنه أن يصبح المجهود اللازم لتكرار هذا السلوك مرة أخرى ، أقل مشقة ، وأن النفس يوجد لديها ميل العود الى ما سبق صدوره منها .

كما دلت الاحصاءات الجنائية على أن ٣٠ ٪ تقريبا من الأشخاص الذين يجرمون ، يعودون الى الاجرام مرة أخرى ، حتى بعد انزال الجزاء بهم[١] .

فاذا ما روعى فوق ذلك ، عدد من لا يعودون منهم الى جريمة جديدة لارتداعهم بالجزاء الموقع عليهم ، وعدد أولئك الذين منعهم من العود الى الاجرام كونهم لا يزالون خاضعين لتنفيذ الجزاء المحكوم به عن جرائمهم الواقعة ، يكون من السائغ افتراض أن معظم المجرمين يعود الى الاجرام اذا لم يوقع عليهم الجزاء الكفيل بمكافحة خطورتهم الاجرامية .

ولما كان الغالب فيمن أجرم أن يعود الى الجريمة ، أى لما كان من المحتمل أن يصبح مصدرا للجريمة مرة أخرى[٢] ، فانه يستخلص من ذلك أنه متى وقعت جريمة كانت امارة كاشفة عن الخطورة الاجرامية لفاعلها ، أى كانت دليلا على أنه من المحتمل أن يكون فاعلها شخصيا وبالذات مصدرا لجريمة أخرى جديدة تقع منه فى المستقبل .

ولما كان شرط انزال الجزاء ، أن يكون فاعل الجريمة على خطورة اجرامية ، وكانت هذه الخطورة مستفادة من الجريمة المرتكبة لكون هذه الجريمة امارة كاشفة عنها ، فانه ينبنى على ذلك ، أن كل جريمة تستوجب مبدئيا توقيع الجزاء .

---

(١) Grispigni — المرجع السابق — ص ٢٠٩

(٢) فيقرر Matteotti فى مؤلفه عن العود la recidiva أن نحو نصف الجرائم التى ترتكب سنويا يقع من أشخاص سبق اجرامهم — ص ٦٠ — ص ٦١ أشار اليه Grispigni فى الموضع السابق .

غير أنه فى حالات استثنائية تكون الجريمة فيها طفيفة ، لا يدل ارتكاب الجريمة على خطورة اجرامية ، أو لا يدل — وهذا أدق — على خطورة اجرامية ظلت باقية فى نفس فاعل الجريمة الى وقت اصدار الحكم فى الدعوى ، وعندئذ يسوغ القانون نفسه للقاضى الاحجام عن انزال الجزاء المقرر قانونا للجريمة ، وذلك اما عن طريق النطق بالعقوبة مع الأمر بوقف تنفيذها ، واما عن طريق عدم النطق بالعقوبة أصلا واصدار عفو قضائى عن المتهم[1] .

وأخيرا فان الجريمة تكشف كذلك عن خلل نفسانى فى تكوين فاعلها . واذا كان كل جنون خللا نفسانيا ، فانه ليس بلازم فى الخلل النفسانى أن يكون جنونا .

والأمر الذى لا مرية فيه ، أن الخلل النفسانى المنتج للجريمة كان قائما فى نفسية فاعلها على الأقل فى ذات لحظة ارتكابها . أما أن لهذا الخلل صفة الرسوخ فى نفسية المجرم على نحو يميزه نفسانيا عن الرجل العادى ، أو أنه خلل عرضى يحتمل أن يطرأ حتى على نفسية الرجل العادى من بين الناس ، فهذا ما لا يمكن القطع فيه برأى ، على الأقل فى صدد المجرم بالصدفة .

فالمجرم بالتكوين لا شك فى أن الخلل النفسانى لديه راسخ فى تكوين شخصيته . وقد عرفنا بالتكوين الاجرامى فى موضع آخر [2] ، فقلنا انه خلل كمى أو شذوذ كيفى فى غريزة من الغرائز الأساسية للانسان ، مصحوب بنقصان أو انعدام فى الغرائز الثانوية السامية ، وتقترن به نقيصة أو أكثر فى صحة الجسم أو صحة النفس .

---

(١) ومن العوامل التى تغيب عن البال على الأقل فى تحديد مدى الخطورة الإجرامية مع التسليم بوجودها وبالتالى فى تحديد مدى الجزاء ، مسلك المجنى عليه فى الجريمة الواقعة ومدى نصيب المجنى عليه نفسه فى انتاج الأذى الإجرامى الواقع عليه .

(٢) يرجع الى الجزء الثانى من مؤلفنا فى علم الاجرام .

ولا تقوم شبهة فى أن هذا الجوهر المميز للتكوين الاجرامى وهو لا يخرج عن نقص أو انعدام الوازع الخلقى ، يعتبر فى المجرم بالتكوين خللا نفسانيا راسخا فى تكوين شخصيته ، أى دائما ثابتا ، وبالتالى مميزا له من حيث التكوين النفسانى عن أغلبية الناس وعن الرجل العادى الذى يكونها .

أما المجرم بالصدفة ، وقد عرفنا به فى ذات الموضع ، فأمره ليس بذات الوضوح .

فقد قلنا فى التعريف به انه انسان توجد لديه غرائز ثانوية سامية فى حالة تعادل وتوازن مع الغرائز الأساسية الأصلية ، غير أنه على نقيصة فى الصحة النفسية من شأنها أن ينقطع هذا التوازن بين نوعى الغرائز أمام ظرف استثنائى فى قوة مفعوله أتاحته البيئة المحيطة ، فتطغى لديه الغرائز الأساسية على الغرائز الثانوية المهذبة ، ويقع منه الفعل الاجرامى .

وقلنا — أخذا برأى الأستاذ دى توليو — ان ذلك المجرم بالصدفة ، ليس رجلا عاديا من جميع الوجوه وان كان أقرب الناس الى الرجل العادى باعتبار أن هذا الأخير يتميز بأن لنفسه نصيبا من الغرائز الثانوية السامية ، وأن المجرم بالصدفة يتفق معه فى ذلك ، وان كان وجه الاختلاف بينهما أن الرجل العادى لا يمكن أن ينقطع لديه التوازن بين تلك الغرائز السامية وبين الغرائز الأصلية ، ومن ثم فلا يمكن أن ينزلق الى جريمة ما .

فالأخذ بهذا الرأى مفاده أن الرجل العادى المكون لأغلبية الناس لا يجرم ، وأن من يجرم بالصدفة ينتمى الى فئة أخرى غير فئته ، وان كان أقرب الناس اليه ، وأن هذا المجرم بالتبعية يتميز بنفسية مغايرة لنفسية الرجل العادى ، ومن ثم فالخلل فى نفسيته ، له فيها أصل راسخ ، وليس أمرا عرضيا عابرا موقوتا بلحظة ارتكاب الجريمة .

غير أن هناك رأيا يذهب الى القول بأنه اذا كان المجرم بالتكوين يغاير الرجل العادى من ناحية أن الخلل النفسانى الماثل فى تكوينه الاجرامى دائم

ثابت لا وجود له عند الرجل العادى ، فان المجرم بالصدفة قد يختلط بالرجل العادى من ناحية أن الخلل النفسانى المفضى الى جريمته من الممكن أن يطرأ على أى رجل عادى بصفة عرضية عابرة ويفضى به الى ارتكابها .

يؤيد هذا الرأى الأستاذ Grispigni حيث يتحدث عن الخلل النفسانى فيقول انه ليس على الدوام وفى كل حالة ، خصيصة تميز التكوين النفسانى للمجرم عن التكوين النفسانى للرجل العادى ، لأن كثيراً من الجرائم الطفيفة وعلى الأخص المخالفات يرتكبه حتى الرجال العاديون ، ومن ثم يكفى فى الخلل المفضى الى الجريمة أن يكون قد استغرق من الوقت لحظة واحدة هى لحظة ارتكاب الجريمة[1] .

ويضرب الأستاذ جرسبينى مثلا لذلك الخلل العابر الجائز أن يطرأ حتى على نفسية الرجل العادى ، بالاهمال الذى يطرأ من سائق سيارة لفرط اعيائه من القيادة طوال النهار والذى يؤدى الى وقوع حادث يصاب فيه أحد المارة ، ويقرر أن الحادث وليد خلل نفسانى شاب نفسية السائق وقت الجريمة وليس من شأنه أن يخرج هذا السائق من عداد الرجال العاديين[2] .

ونحن نميل الى الرأى القائل بأن المجرم — أيا كانت جريمته — يعتبر بحكم ارتكابه لها — مغايرا للرجل العادى ، ولو مغايرة طفيفة ، باعتبار أن الرجل العادى ما كان يرتكب الجريمة لو أنه وجد فى ذات الظروف ، ولا نقبل استثناء من هذه القاعدة حتى فى مجال الجرائم الطفيفة التى يبدو أنها قابلة للارتكاب حتى من الرجل العادى .

وعلى أية حال ، فانه اذا أخذنا بالرأى الذى يعتبر المجرم بالصدفة أقرب الناس الى الرجل العادى ، وأنه من حيث تكوينه النفسانى ليس كالرجل

---

(١) يقرر الاستاذ Stoppato أن التشدد فى تطبيق القانون الجنائى قد يفضى الى استحالة الإبقاء ولو على فرد واحد من الناس مجردا من نعت المجرم . إذ لا تخلو حياة أى انسان ولو من جريمة طفيفة يرتكبها كجريمة السب مثلا - "L'esercizio dell'azione penale" R'vista penale 1893, vol. 38. p 15.

(٢) Grispigni — المرجع السابق — ص ٢١١

العادى من جميع الوجوه ، يكون أساس مشروعية وقف تنفيذ العقوبة والعفو القضائى ، فى الحالات التى يكونان فيها جائزين ، هو الأمل فى أن تكون اجراءات التحقيق المتخذة مع المجرم كافية لحمله على أن يتحكم فى خلله النفسانى الذى أفضى به الى الجريمة فيمنع هذا الخلل من أن يؤدى به الى الجريمة مرة أخرى .

أما اذا أخذنا بالرأى القائل بأن بعض الجرائم الطفيفة يرتكبه حتى الرجل العادى ، فيكون أساس مشروعية وقف تنفيذ العقوبة والعفو القضائى حين يكون جائزا العمل بهما ، أن الجريمة المنسوبة الى المتهم كان من شأن الرجل العادى أن يرتكبها لو وجد فى مكانه ، وأنها بالتالى مبررة أو شبه مبررة ، ولو أن هذا تبرير عهد القانون الى القاضى بمهمة اكتشافه واستظهاره .

ولكنا ـ كما قلنا ـ نميل الى الرأى الأول .

والخلل النفسانى المفضى الى الجريمة والقائم فى نفسية فاعلها ـ على الأقل فى لحظة ارتكابها ، هو أولا ، انهيار فى قوة الوازع الخلقى ، معاصر على الأقل لتلك اللحظة ، كان من شأنه أن تغلب الدافع الى الجريمة على الزمام الممسك عنها . ويؤكد وجود ذلك الخلل ، أن الخشية من العقاب رغم كفايتها لمنع جمهور المواطنين من الاجرام ، لم تكن كافية لمنع المجرم الذى أجرم من اتيان جريمته . ومع التسليم بأنه يدخل فى قدرة المجرم التحكم فى نوازع غرائزه الأصلية ، فان هذه القدرة لم تتعد لديه وجودها المجرد ، فكان أن أعوزها الوجود الفعلى وقت ارتكاب الجريمة ، تبعا للحد منها وانتقاصها أو تبعا لتخلفها ، رغم امكان وجود هامن الناحية المجردة البحتة .

وتنهار قدرة التحكم فى الغرائز الأصلية ، أى ينهار الوازع الخلقى ، اما لنقص فى الحساسية الخلقية جعل الشخص قاصرا عن الشعور بوجه الملامة فى سلوكه ، واما لنقص فى استجماع أفكاره كان من شأنه أن فات عليه تقدير ما يكمن وراء سلوكه من أجزية تترتب عليه .

على أن الخلل النفسانى الذى تكشف الجريمة عن وجوده فى فاعلها ، على الأقل فى لحظة ارتكابها ، لا يقف عند انهيار الوازع الخلقى ، وانما يشمل كذلك الافراط أو الشذوذ فى الدافع الغريزى ، وهو ما عبرنا عنه بالخلل الكمى والشذوذ الكيفى .

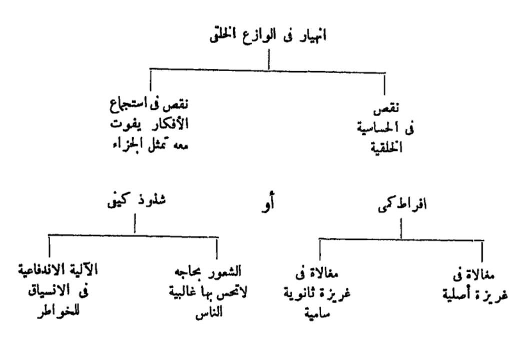
فالافراط أو الخلل الكمى ، معناه أن الغريزة الأصلية القائمة عند المجرم مثلما هى كائنة فى كافة الناس ، توجد لديه بمقدار مغالى فيه ، أى تولّد لديه شعورا بحاجات حادة جارفة غير معتدلة ، تفوق ما ينشأ منها عند الرجل العادى .

والشذوذ الكيفى ، معناه أن تشوب المجرم شائبة من شعور بحاجة لا يتوافر الشعور بها عند أغلبية الناس ، أى لا يحس معظمهم بها عند ما يشبعون ذات الغريزة التى يحرص المجرم بتلك الحاجة على اشباعها .

وقد يتمثل الافراط الكمى لا فى الشعور بغريزة أصلية أنانية ، وانما على العكس فى الشعور بغريزة ثانوية سامية منصرفة الى ايثار الغير على النفس ، وذلك حين يكون الشعور بها مشتطا عن حد الاعتدال بالغا من التطرف درجة الانفعال أو العاطفة . وفى هذه الحالة ، لا يحول نبل الغريزة مصدر الشعور دون اعتبار من أشبعها بالجريمة مجرما . لأن الجريمة فى ذاتها ، ولو كوسيلة لتحقيق غاية سامية ، لا يمكن أن تكون سامية سمو هذه الغاية ، ولا يكون من التناقض فى شىء أن ينسب الاجرام الى من يسعى لغرض نبيل ، متى كانت وسيلته فى هذا السعى غير نبيلة .

وأخيرا قد يتمثل الشذوذ الكيفى فى آلية اندفاعية تحمل صاحبها على الاذعان للخواطر بدون روية فى وزنها وتقدير لمناسبة تحقيقها أو اغفالها .

وبناء على ذلك ، يمكن تصوير الخلل النفسانى الذى تكشف الجريمة عن وجوده والذى كان مصدرا لها ، على الوجه الآتى :



غير أنه ليس من المحتم فى كل جريمة أن يكون الخلل النفسانى المفضى اليها من نوع ما تقدم .

فما قدمنا بيانه هو الخلل الغالب فى معظم الجرائم أن يكون مصدرا للجريمة .

ولكن الجريمة قد يكون الخلل النفسانى المفضى اليها متمثلا فى أى اضطراب يحل بأية دائرة من دوائر النفس ، سواء أكانت الدائرة الذهنية المشتملة على ملكة الذكاء ، أو الدائرة العاطفية والشعورية ، أو الدائرة الارادية[1] . فمثل هذا الاضطراب كثيرا ما يعزز عملية التفاعل النفسى المفضى الى انهيار الوازع الخلقى ووقوع الفعل الاجرامى ، بمعنى أنه كثيرا ما يكون فى ميلاد الجريمة عاملا مهيئا أو مساعدا .

---

[1] وسبق أن بينا فى الجزء الثانى من مؤلفنا فى علم الإجرام — بالموضع السالف ذكره — أن العامل السببى فى إنتاج الإجرام هو فى الحقيقة طغيان الغرائز الأساسية على الغرائز الثانوية المهذبة أو انهيار الوازع الخلقى ، وأن ما عدا هذا العامل ، يعتبر عاملا مهيئا ومساعدا ، أى ميسرا لحدوث ذلك الطغيان أو هذا الانهيار . وفصلنا فى الجزء الأول من مؤلفنا نفسه كافة الدوائر النفسية التى يكوّن الخلل فيها عاملا مساعدا للاجرام .

تلك هى الدلالة الكشفية للجريمة سواء فى الكشف عن نفسية فاعلها، أو فى الكشف عن خطورته الاجرامية ، أو فى الكشف عن الخلل النفسانى الذى أدى به الى ارتكابها .

هذا وقد وضعت المادة ١٣٣ من قانون العقوبات الايطالى معيارا يسترشد به القاضى فى استخلاص الخطورة الاجرامية من جسامة الجريمة المرتكبة ، وذلك اذ نصت على أنه :

« على القاضى أن يقيم وزنا لجسامة الجريمة مستخلصة :

١ — من طبيعتها ونوعها ووسائلها وموضوعها ووقتها ومكانها وكافة ملابساتها .

٢ — من جسامة الضرر أو الخطر الناتج منها للمجنى عليه فيها .

٣ — من مدى القصد الجنائى أو من درجة الاهمال » .

* * *

ولقد آن بعد ما تقدم ، أن نتحدث عن الامارات الأخرى التى — بالاضافة الى الجريمة — تعد مثلها كاشفة عن الخطورة الاجرامية .

وهذه الامارات الأخرى بينتها كذلك المادة ١٣٣ من قانون العقوبات الايطالى فى الفقرة الثانية منها وهى :

١ — بواعث الاجرام وطبع المجرم .

٢ — سوابق المجرم وحياته الماضية قبل الجريمة .

٣ — سلوك المجرم المعاصر واللاحق للجريمة .

٣ — ظروف الحياة الفردية والعائلية والاجتماعية للمجرم .

أما بواعث الاجرام ، فليس المقصود بها المصدر النفسى لكل جريمة فردية ، بالمعنى الواسع لهذا المصدر ومثاله الغرور والأنانية والانقباض النفسى العميق ، وكل هذا يدخل فى الخلل النفسانى المفضى الى الجريمة ، وانما المقصود بها الغاية التى قصد المجرم بالجريمة أن يحققها .

وتمثل المجرم للغاية المنشودة من ارتكاب الجريمة ، أمر ذهني مجرد ، متميز عن الانفعال والعاطفة كأمرين داخلين فى الدائرة الشعورية لا فى الدائرة الذهنية ، ولو أن كل أمر يحضر فى الذهن لا يخلو تمثله من احساس اما بالارتياح واما بالألم ، وأن هذا الاحساس على الأخص ، هو الذى يدفع ويحفز الى السلوك .

على أن الباعث ، محل عناية القاضى فى الكشف عن الخطورة الاجرامية من ناحية القوة التى يفرض بها نفسه ويتمثل بها فى وعى المجرم . ذلك لأنه كلما كان الباعث فى دفعه للمجرم قويا ، ضعفت بسببه ملكة الاختيار السابق لانعقاد النية على الجريمة . وهذه الظاهرة تسمى بنزعة التهور **impulsività** .

كما أن الباعث محل عناية من ناحية أخرى لها هى الأخرى دلالتها ، وهى نوع الباعث نفسه وهل هو نوع سام أم نوع خسيس .

ولم يحدد القانون ما هى البواعث السامية وما هى البواعث الخسيسة ، ومن ثم فلابد من أن يستعين القاضى فى تحديدها بحقائق علم النفس وعلم الأخلاق . ويمكن تعريف الباعث السامى بأنه كل باعث يهدف الى التعاون الاجتماعى وحسن سير الحياة الاجتماعية . أما الباعث الخسيس فيمكن تعريفه بأنه كل باعث يهدف الى انزال الضرر بالمجتمع أو تعريضه للخطر . وكل ما فيه ايثار للغير على النفس يعتبر ساميا مثل حب الأقرباء أو حب الوطن[1] ، أما ما فيه بغض للغير وللمجتمع فيعتبر خسيسا . وليس بلازم فى نوازع الأنانية أن تعتبر لمجرد كونها كذلك بواعث خسيسة . فاشباع الأنانية فى ذاته أمر لا نبل فيه ولا خسة ، أى لا يضفى عليه علم الأخلاق لونا معينا ، ما دام لم ينحرف الى ايذاء الغير . بل قد يكون اشباعها فى بعض الأحيان من مقتضيات الأخلاق تبعاً لظروف خاصة من شأنها أن تجعل حرص الانسان على حقوقه الشخصية أمرا واجبا لازما .

---

[1] فقد يدفع هذا الحب الى الإجرام إشباعا له .

ولا شك فى أن خطورة المجرمين تتفاوت نوعا ، باختلاف البواعث الدافعة فيها الى الاجرام ، والمراد بذلك تفاوت الخطورة من حيث ما تتخذه من لون .

ذلك عن البواعث الدافعة الى الاجرام .

أما طبع المجرم ، فله هو الآخر أهميته فى الكشف عن الخطورة الاجرامية وجودا ونوعا .

والمراد بالطبع النظام المتسق الذى تعودت الارادة على التزامه فيما تتخذه من قرارات ، أو بعبارة أخرى مدى نصيب الانسان من ملكات القدرة على قهر نوازع السوء .

واذا كانت البواعث هى القوة الدافعة الى انعقاد الارادة فى مختلف المناسبات ، فان الطبع هو الطريقة الدائمة التى تحيا النفسية عليها . وهو بهذه المثابة يعد مصدرا للبواعث نفسها ، بمعنى أنه اذا كانت مناسبات معينة فرصة لنشوء براعث معينة فى النفس ، فان هذه البواعث لا تنشأ أصلا عند الفرد صاحب هذه النفس ، أو لا تنشأ على الصورة التى تمثلت بها ، لو أن هذا الأخير كان على طبع مغاير لذلك الذى يوجد فيه فعلا .

والواقع أن لكل شخصية انسانية ثلاثة مقومات هى : البنية الجسمية ، والمزاج ، والطبع .

فالبنية الجسمية معناها أعضاء الجسم خارجية كانت أم داخلية من حيث تكوينها ووظائفها .

والمزاج معناه مجموع الاتجاهات المعبرة عن الحالة العامة التى يوجد عليها الجسم ، أى طريقة تلقى مختلف الانطباعات والمجاوبة عليها ، ومن ثم فهو يمثل قنطرة العبور من البنية الجثمانية الى البنية النفسانية .

أما الطبع فهو خلاصة التفاعل بين كافة العوامل المعتملة فى النفس ، ووليد الحالة التى يوجد عليها العقل الباطن بصفة خاصة ، باعتبار هذا العقل مستودعا من طبقات تتراص فيها النوازع والميول الخاصة بالجنس والشعب اللذين ينتمى اليهما الانسان ، وبالأسرة التى هو عضو فيها ، وبحياته وهو لا يزال بعد جنينا ، وبطفولته وصباه وفتوته ، فضلا عن تلك التى هى أحدث تكونا فى الانسان لكونها تنشأ فى المرحلة الممثلة لملء نموه .

ولقد أثبت علم النفس الحديث مدى أهمية الدور الذى يلعبه العقل الباطن فى رسم طريق سلوك الانسان . ذلك لأنه فى تكوين كل مشيئة انسانية تتدخل عوامل لا شعورية ، كثيرا ما يفوت الاحساس بها حتى على صاحب المشيئة التى تكونت بفعلها ، رغم أنها نشيطة فعالة فى توليد هذه المشيئة ، سواء بوصفها قوة دافعة أو بوصفها قوة ممسكة . وهذه العوامل تستمد مصدرها من خبرات اما حالية حديثة واما قديمة عتيقة ، أى من خبرات اكتسبها الشخص بنفسه أو اكتسبها عن طريق السلالة أو الجنس اللذين ينتمى اليهما ، الأمر الذى يبرر قسمة النفسية الواحدة قسمين : أحدهما حديث الميلاد neopsiche والآخر يرجع فى ميلاده الى الماضى البعيد Paleopsiche .

من كل ذلك وبعضه — على ما هو ظاهر — موروث اما وراثة فردية واما وراثة جماعية ، يتشكل العقل الباطن للانسان باعتباره أهم عنصر داخل فى تكوين طبعه .

وفوق العقل الباطن ، تدخل فى تكوين الطبع كل خصيصة تطبع الناحية الذهنية فى الشخصية أو الناحية العاطفية أو الناحية العملية أى الناحية المتعلقة بانعقاد الارادة على الأمور . وكما تدخل فى الاعتبار عند دراسة الطبع كافة أنواع القرارات الارادية ، يشمل البحث كذلك السلوك الغريزى والسلوك الآلى ، (أى السلوك الذى يصدر عن جزء من البنية هو الجهاز العصبى) . كما يمتد البحث الى تحديد مدى القوة الممسكة عن الاندفاع الى الأذى ، أى قوة الوازع الخلقى ، سواء تمثلت هذه القوة فى اطراح آلى لنازع السوء

أو فى اطراح واع بصير . ونحيل فى تفصيل كل ذلك الى الجزء الأول من مؤلفنا فى علم الاجرام .

غير أنه يعنينا أن نوجه الأنظار الى ملاحظتين :

الملاحظة الأولى : أنه يتعين فى دراسة طبع المجرم مراعاة السن التى يكون عليها ، لما للسن من تأثير كبير على عملية تشكيل الطبع وتطوره ، بسبب ما يعترض نمو الانسان من أزمات مصاحبة لمراحل العمر نفسه ، كأزمة المراهقة وأزمة غروب شمس الجنس .

والملاحظة الثانية : أنه كلما كانت الخصيصة النفسية للمجرم مكتشفة به فى سن مبكر ، كان هذا دليلا على أنها موروثة وليست مكتسبة .

ولا شك فى أنه على أساس دراسة الطبع ، يمكن تقسيم المجرمين الى فئات وفصائل نحيل بشأنها الى الجزء الأول من مؤلفنا فى علم الاجرام .

واذا كان القانون الايطالى قد أشار الى الطبع بدون أن يضع تعريفا له ، فقد قصد بذلك أن يستمد هذا التعريف من العلوم الطبيعية وعلى الأخص من علم النفس الجنائى .

ولما كان الطبع يختلف باختلاف الجرائم وباختلاف المجرمين ، فانه حسبنا فى هذا المقام الذى لا يتسع لمزيد من التفصيل ، أن نقول ان الطبع المتوافر غالبا فى المجرمين ، هو اما الطبع الضعيف ، واما الطبع غير الثابت ، واما الطبع الجياش غير الهادىء ، واما الطبع التهورى ، واما الطبع العدوانى . وواضح فى هذه الأمثلة التدرج فى القوة الدافعة الى تعدى حدود الصواب .

ذلك هو تفسيرنا للطبع بوصفه بالاضافة الى بواعث السلوك ، الامارة الثانية التى يستعان بها مع الجريمة المرتكبة فى الكشف عن الخطورة الاجرامية لفاعل الجريمة .

* * *

وأما ثانية الامارات المضافة الى الجريمة فى الكشف عن الخطورة الاجرامية فهى سوابق المجرم الجنائية على الأخص والقضائية ، وبصفة عامة سلوكه وحياته فى الماضى السابق على وقوع الجريمة .

والمراد بالسوابق الجنائية ، الأحكام النهائية السابق صدورها على الشخص نفسه بسبب اجرامه فى الماضى . وهذه السوابق كما يعتد بها فى تغليظ العقوبة بسبب العود ، يكون لها وزن فى مرحلة أخرى لاحقة لمرحلة العود ، ومتجاوزة اياها ، وممثلة قدرا من الخطورة أوفر من القدر المتوافر فيها ، وهذه المرحلة هى مرحلة اكتشاف الاعتياد على الاجرام أو احترافه أو التشرب بالميل اليه ، وقد وضع لها قانون العقوبات الايطالى حكما خاصا .

ومتى غلظت العقوبة بسبب العود ، لا يصح أن يكون العود ، بعد تغليظ العقوبة ، محل اعتبار مرة أخرى للغلظة فى تحديد العقوبة المغلظة .

أما اذا صار العود متكررا ، فيضع القانون له حكما خاصا بالاضافة الى التغليظ المقرر فى حالة العود البسيط .

ذلك عن السوابق الجنائية .

أما عن السوابق القضائية ، فيراد بها كل حكم صدر فعلا ولو من محكمة أول درجة وتلاه عفو . كما يدخل فيها حتى الحكم بالبراءة متى كان مبنيا على التقادم أو على عدم كفاية الأدلة . ذلك لأنه يكون للحكم مغزاه حتى فى هذه الحالة ، من ناحية الكشف عن شخصية المجرم . وتشمل السوابق القضائية كذلك حتى الأحكام المدنية ، كتلك القاضية بالحجر لسفه ، أو بسقوط أهلية أو بشهر الافلاس أو بالانفصال الزوجى لخطأ من جانب أحد الزوجين .

والمراد بسلوك المجرم فى حياته السابقة على وقوع الجريمة ، ما بدر منه فى المدارس وفى معاهد التربية أو فى الاصلاحيات ، وفى الخدمة العسكرية ، وعلى الأخص ما أبداه من اعتياد على احتساء الخمر أو تعاطى المخدرات

أو لعب الميسر ، وما اذا كان شغوفا بالعمل أم خاملا ، مقترا أم مسرفا ، وما اذا كان مكترثا بأسرته أو غير مكترث بها الخ ... فاذا كان الأمر متعلقا بموظف ، يستفسر عن طريقة قيامه فى الماضى بواجبات وظيفته وما اذا كانت قد وقعت عليه جزاءات تأديبية الخ ...

* * *

وأما الامارة الثالثة الكاشفة مع الجريمة عن الخطورة الاجرامية ، فهى سلوك المجرم المعاصر للجريمة واللاحق لها .

فتكون الخطورة الاجرامية أكبر ، كلما كان السلوك المعاصر للجريمة متمثلا فى عدم الاكتراث أو الفظاظة أو البرود ، أو فى الازدراء بالضحية والتمثيل بها ، أو فى وحشية الأسلوب الذى اتبع فى تنفيذ الجريمة والذى قد يكون مصحوبا فى حالات قصوى حتى بأفعال الافتراس أى الأكل من جثة المجنى عليه أو الشرب من دمه .

أما السلوك اللاحق للجريمة ، فانه يكشف عن خطورة اجرامية أكبر ، كلما خلا من شعور الجانى بالندم على فعلته ، وذلك بأن يلتزم الجانى بلادة شعورية ، أو ينام نوما هادئا ، أن يذهب لقضاء وقت فى اللهو ، أو لا يكترث أدنى اكتراث بجثة المجنى عليه ، أو لا يشعر بأى رثاء له ولأسرته ، أو أن يسخر أو يشهر به ، أو يحس بالرضى على أثر اتمام تنفيذ الجريمة أو بالاستياء للاخفاق فى تنفيذها ، أو تأخذه العزة بالجريمة أو يكون مرحا فى سرده لأمرها .

ومما له نفس الدلالة ألا تمر بخاطر الجانى مطلقا فكرة تعويض الضرر الناشىء من جريمته ، أو أن يكون عديم الحساسية فى مواجهة شركائه ، أو أن يتبادل معهم التهم ، أو يكون شغله الشاغل الظفر بحكم غير قاس ، أو يلتزم تكتم جريمته ويصر على انكارها (فى حين أن الابلاغ عن النفس والاعتراف يدلان على خطورة اجرامية أقل لا سيما اذا كانا صادرين عن توبة مخلصة) .

أما عودة الجانى الى مكان جريمته ، وان كان يغلب فيها أن تدل على قصور نظر أو على عدم احساس بوازع خلقى ، فقد تكون لها دلالة مغايرة كأن تنم عن ندم أو عن حرص على ازالة ما خلفته الجريمة من آثار .

وشروع الجانى فى الانتحار أحيانا على أثر ارتكابه للجريمة ، تختلف دلالته باختلاف الجناة . فان كان الجانى مجرما بالصدفة من النوع العاطفى دل شروعه فى الانتحار على احساسه بالندم ، وان كان مجرما عاديا دل ذلك الشروع منه على نقص فى غريزة الكيان والبقاء .

ومما له فى هذا المجال مغزى هام ، سلوك الجانى أثناء التحقيق وأثناء الحبس الاحتياطى وأثناء المحاكمة . فبدلا من أن يكون المجرم فى هذه المراحل كسير النفس ، فانه يتخذ ، اذا كان من ذوى الاعتياد على الاجرام والميل اليه ، موقف عدم الاكتراث فى أثناء سير الدعوى ، أو نزعة تبجحية أو عدوانية أو غرورية لا سيما وقد صار قبلة الأنظار ، بل قد يسخر من الحكم بالادانة حتى ولو كان صادرا بالاعدام .

وأما سلوك الجانى أثناء تنفيذ الجزاء عليه ، فله أهميته على الأخص فى الافراج تحت شرط ، وفى انتهاء أو امتداد تنفيذ التدبير الواقى . ولا يفوتنا بهذه المناسبة التذكير بأن أسوأ المجرمين وعلى الأخص المعتادين ، يستمرئون الحياة فى السجن ، وبأنه يلزم معهم بالتبعية كثير من التبصر والخبرة لعدم الانخداع فى الاعتقاد بأن خطورتهم الاجرامية قد زالت عنهم .

* * *

والامارة الرابعة والأخيرة التى تكشف مع الجريمة عن الخطورة الاجرامية ، هى ظروف الحياة الفردية والعائلية والاجتماعية للمجرم .

ويدخل فى هذه الظروف مدى ما أصابه الجانى من العلم ومن التربية ، ونوع العمل الذى يؤديه ، وبطالته ان كان عاطلا ، وحالته الاقتصادية الخ ...

كما يدخل فى ذلك ما اذا كان الجانى ولدا شرعيا أو ولدا غير شرعى أو يتيما من الوالدين ... الخ ، وما اذا كان أبواه عاملين أو متشردين ، وما اذا كانت والدته أو أخته تمارس الدعارة ، والطبقة الاجتماعية التى تنتمى اليها أسرته ، وكافة الظروف التى من شأنها أن تلقى ضوءا على الوسط الذى يعيش فيه الجانى .

* * *

تلك هى الامارات التى تكشف للقاضى عن الخطورة الاجرامية ، والتى عليه أن يتحرى عنها فى سبيل القطع بوجود الخطورة الاجرامية أو عدم وجودها ، وبمداها فى حالة وجودها .

ولا شك فى أن الخطورة الاجرامية هى معيار تطبيق القانون الجنائى . فاما أن الجزاء بسبب وجودها لازم ، واما أنه بسبب تخلفها ورغم وجود الجريمة ، غير لازم . وحين يكون الجزاء لازما لوجود الخطورة ، يكون نوع الخطورة أساسا لتحديد نوع الجزاء ، ويكون مداها كذلك أساسا لتحديد مداه (١) .

ولقد سبق أن ذكرنا المعادلة الآتية :

جريمة + حرية اختيار + خطورة اجرامية = عقوبة .

والآن نضيف المعادلة الآتية :

جريمة + انعدام حرية الاختيار + خطورة اجرامية = تدبير وقائى .

على أنه لما كان الوقوف على الخطورة الاجرامية وعلى مداها ، أمرا قد لا تتسع له طاقة القاضى ، فقد أحست دول كثيرة بالحاجة الى خبراء جنائيين يعاونون القاضى فى أدائه لمهمته . ومن هذه الدول أمريكا وانجلترا وألمانيا .

---

(١) يرجع الفضل فى صياغة نظرية الخطورة الإجرامية على الوجه الذى بسطناه وبالتفسير للمادة ١٣٣ من قانون العقوبات الايطالى ، الى الاستاذ الدكتور فيليبو جرسبينى فى الموضع السابق بيانه من مؤلفه السالف ذكره .

ورغم أن المادة ٣١٤ من قانون الاجراءات الجنائية الايطالى ، تحظر على القاضى الاستعانة بخبير فى استظهار ما لدى الجانى من أحوال نفسية غير متوقفة على الجنون ، فان هذه المادة على كل حال محل انتقاد شديد من جانب أئمة القانون الجنائى فى ايطاليا .

ولقد نص قانون الاجراءات الجنائية المصرى فى المادة ٣٤٧ منه على أنه « يجب فى مواد الجنح والجنايات قبل الحكم على المتهم الصغير ، التحقق من حالته الاجتماعية والبيئة التى نشأ فيها والأسباب التى دفعته الى ارتكاب الجريمة ويجوز الاستعانة فى ذلك بموظفى وزارة الشئون الاجتماعية وغيرهم من الأطباء والخبراء » .

فهذا النص يسوغ الاستعانة بالخبراء فى الكشف عن الخطورة الاجرامية للحدث ، وعن نوعها ومداها ان وجدت ، تمهيدا لتحديد الجزاء الكفيل بازالتها . غير أنه لا يوجد له مع الأسف نظير فى صدد المجرمين الكبار أى الذين جاوزوا من العمر خمس عشرة سنة[1] .

والمأمول هو أن تزداد مع الزمن عناية المشرع بتهيئة الوسائل الكفيلة بتحقيق شخصية المجرم كفاعل ، وعدم الاقتصار على تحقيق مادة الجريمة كفعل .

(ثالثاً)

فى النظرية العامة للمسؤولية

لما كانت المسؤولية بمعناها القانونى ، هى التزام الشخص بالخضوع لتدبير قانونى يتخذ معه قهرا ، لقاء سلوك بدر منه ، فانها بهذا المعنى ،

---

[1] ومن قبيل الاعتداد بمدى الخطورة الإجرامية فى تحديد الأسلوب الذى يجرى عليه تنفيذ الجزاء ، ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون العقوبات المصرى وهو أنه " لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز الثلاثة شهور أن يطلب بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقا لما تقرر من قيود بقانون تحقيق الجنايات إلا اذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار "

تتوافر فى مجال القانون الجنائى ، وذلك حين يكون السلوك المستوجب لها جريمة ، ويكون التدبير الذى تتخذ منه أداتها فى هذه الحالة هو الجزاء الجنائى .

ولما كان التدبير القهرى هو أداة المسؤولية أيا كان نوعها ، جنائية كانت أم مدنية أم ادارية ، فانه يحق التساؤل عن معيار التفرقة بين الجزاء الجنائى كأداة للمسؤولية الجنائية ، وبين الجزاء المدنى كأداة للمسؤولية المدنية ، وذلك من حيث ماهية كل منهما والدور الاجتماعى القانونى المعلق عليه .

ولكى تتجلى ماهية الجزاء الجنائى كأداة للمسؤولية الجنائية ، لابد من التقديم لذلك بالحديث عن ماهية الجزاء المدنى .

الجزاء المدنى يتخذ صورا أربعة :

١ — اما منع الفعل المخالف للقانون .

٢ — واما تنفيذ الفعل الذى يفرضه القانون .

٣ — واما اعادة الحالة الى أصلها **ripristino nello statu quo ante** .

٤ — واما اعادة الحالة الى مقابلها .

فاذا ما قاد انسان مواشيه لترعى فى أرض ليست له بدون اذن من مالك الأرض ، فيكون لهذا المالك أن يمنع الراعى من الاتيان بالمواشى الى الأرض لأن هذا تعرض غير مشروع للغير فى ملكيته ، يعتبر فعلا مخالفا للقانون .

واذا تعهد مقاول بأن يقيم بناء فى موعد معين ، بناء على عقد أبرمه مع رب العمل ، ولم ينفذ تعهده ، يجوز لرب العمل أن يعهد الى آخر بتنفيذ العمل المتعاقد عليه ، على نفقة المقاول المتخلف ، لأن الفعل محل التعاقد ، وللعقد قوته الملزمة قانونا ، متعين التنفيذ ، باعتباره فعلا يفرضه القانون (التنفيذ العينى — م ٢٠٣ وما بعدها من القانون المدنى) .

واذا أقام انسان كوخا فى أرض ليست له ، بدون اذن من مالك الأرض ، يكون لهذا المالك أن يزيل ذلك الكوخ ، ليعيد حالة أرضه الى أصلها (م ٩٢٤ من القانون المدنى) .

واذا أتلف انسان عمدا تحفة فنية لآخر ، وفى هذا الفرض لا يمكن أن تعاد الحالة الى أصلها ، يكون على من أتلف التحفة أن يعيد الحالة الى مقابلها أى أن يدفع الى صاحب التحفة قيمتها (التعويض م ١٦٣ وما بعدها ، م ٢١٥ وما بعدها من القانون المدنى) .

وظاهر من كل هذه الصور التى يتخذها الجزاء المدنى ، أن ماهية هذا الجزاء تنحصر فى اعادة الوضع المادى للأمور الى ما كان عليه قبل مخالفة القانون كما لو كانت هذه المخالفة لم تقع .

والهدف الاجتماعى القانونى من هذا الجزاء ، هو تعزيز حكم القاعدة القانونية ، عن طريق انزال الفشل بسلوك من خالفها والعمل على أن يفوت عليه الغرض الذى كان يقصده من هذه المخالفة ، بحيث تعود الأمور قدر المستطاع الى ما كانت عليه ، كما لو لم تكن قاعدة القانون قد خولفت .

ومن ثم فالجزاء المدنى يسحب أثره على الماضى ، أى يحدث مفعوله فى الوضع المادى للأمور على ما انتهى اليه بعد مخالفة القانون وقبل انزال الجزاء ، وذلك للعودة به الى حالته السابقة على مخالفة القانون .

أما الجزاء الثانى ، فماهيته مختلفة ، ووظيفته الاجتماعية مغايرة ، كما ان وجهته ليست هى الماضى ، وانما هى المستقبل .

فماهية الجزاء الجنائى تطهير النفس من شوائبها أى من الخلل النفسانى الذى أفضى بصاحبها الى الجريمة ، وذلك كى لا يعود الى ارتكاب جريمة أخرى فى المستقبل .

والهدف من الجزاء الجنائى هو مكافحة الاجرام ، والحيلولة دون أن تكون الجريمة الواقعة مقدمة ممهدة لوقوع جرائم أخرى بالتبعية لها .

فالمجال الذى يفعل فيه الجزاء فعله ، هو نفسية فاعل الجريمة ونفسيات سائر الناس ، وذلك لمنع تكرار الجريمة سواء منه ، أو من واحد منهم ، ولا شأن للجزاء الجنائى بمهمة أن يفوت على فاعل الجريمة غرضه من ارتكابها لأن تفويت غرضه عليه ، مهمة لا يؤديها ذلك الجزاء ، وانما يؤديها الجزاء المدنى الذى يحكم به ، بالاضافة اليه ، وعن ذات الجريمة الواقعة .

لا شأن اذن للجزاء الجنائى بالوضع المادى للأمور ، لأن هذا هو شأن الجزاء المدنى . وانما شأنه هو نفسيات الأشخاص لا ماديات الأمور .

كما أن وجهة الجزاء الجنائى فى الزمن ، هى المستقبل لا الماضى ، أى العمل على ألا يقع فى المستقبل مثل ما وقع فى الماضى .

وقد يقال ان الجزاء المدنى يؤدى كذلك وظيفة الجزاء الجنائى ، بمعنى أنه هو الآخر يحمل مرتكب الفعل المخالف للقانون على عدم العودة الى هذا الفعل مستقبلا ، ولكن اذا سلمنا له بهذه الوظيفة ، فانها تعد فى المكان الثانى بالنسبة لوظيفته التى تحتل المكان الأول ، وهى العودة بالأمور قدر المستطاع الى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل المخالف للقانون .

وقد يقال من جهة أخرى ، ان الجزاء الجنائى يؤدى كذلك وظيفة الجزاء المدنى ، بمعنى أنه يعزز حكم القاعدة القانونية كما لو كانت مخالفتها لم تحدث ، ولكن تعزيزه لحكم هذه القاعدة ان صح ، لا يتعدى التعزيز الأدبى الرمزى ، لأنه ليس من وظيفة الجزاء الجنائى القيام بالتعزيز الفعلى وباعادة الأمور الى ما كانت عليه كما لو لم تكن قاعدة القانون قد أهدرت .

ومتى استقر أن الجزاء الجنائى يحدث مفعوله فى نفسيات الناس للحيلولة دون أن تقع فى المستقبل جريمة مثل تلك التى وقعت ، بسبب خطورة الجريمة فى ذاتها وتميزها عن سائر مخالفات القانون بأنها تخل بشروط الكيان والبقاء فى المجتمع ، لا فقط بشروط الحسن والكمال ، حتى أنه يعاقب حتى على الشروع فى ارتكابها ، متى استقر أن ذلك هو مفعول الجزاء الجنائى أو الدور الاجتماعى القانونى المعلق على تطبيقه ، فاننا نفصل فيما يلى ، كيف يلعب الجزاء الجنائى هذا الدور ؟

ولبيان ذلك ، لابد من التميز بين لحظات ثلاث ، اللحظة التشريعية ، واللحظة القضائية ، واللحظة التنفيذية .

فاللحظة التشريعية هى تلك التى توجه فيها قاعدة القانون خطابها الى المحكومين بها منذرة اياهم بأن من سلك سلوكا معينا ، يلقى عنه جزاءا معينا . وفى هذه اللحظة ، يؤدى الجزاء الجنائى وظيفة انذار جمهور المواطنين ويضع أمام الدافع بهم الى الاجرام ، حائلا مانعا ، هو الخشية من الجزاء . وهذا ما يعبر عنه بالمنع العام prevenzione generale .

وفى اللحظة القضائية يؤدى الجزاء وظيفة مزدوجة . فهو من جهة يؤكد سلطان الدولة ويظهر أنها قابضة على زمام الأمور رغم الجريمة المرتكبة ، وهو من جهة أخرى يمنع ارتكاب جرائم جديدة بالتبعية للجريمة الواقعة . ذلك لأنه اذا لم تتخذ مع الجانى اثر جريمته اجراءات القبض والتحقيق والمحاكمة ، يقتص منه المجنى عليه ان كان هذا لا يزال حيا ، أو تقتص منه عشيرة المجنى عليه ان كان هذا قد فارق الحياة ، أو يقتص منه جمهور المواطنين اذ تثير الجريمة ثائرة غضبهم واستهجانهم ، فيندفعون نحوه ويفرغون فيه شهوة التشفى منه ، كما انه لو لم تتخذ مع الجانى تلك الاجراءات القضائية ، لا يتورع غيره من محاكاته فى جريمته بفعل سريان عدوى الجريمة والوباء الجنائى contaggio ed epidemia criminale .

وفى اللحظة التنفيذية تكون وظيفة الجزاء تقويم اعوجاج الجانى ، وازالة الخلل النفسانى الذى أفضى به الى الجريمة ، أو حمله فى القليل على مقاومة هذا الخلل وعدم الانسياق له وعلى العمل فى سبيل ألا يفلت بسببه زمام نفسه من يده . وهذا مايسمى بالمنع الخاص prevenzione speciale ، ووجه الخصوصية فيه أنه منصب على شخص معين بذاته هو شخص المجرم ، فى حين أن المنع العام ، وجه العمومية فيه أنه منصرف الى عموم المواطنين . وقد يؤدى الجزاء الجنائى وظيفة استئصال المجرم من جسم المجتمع عن طريق اعدامه ، حين لا يطيق الضمير العام بقاء المجرم على قيد الحياة عقب الجرم الواقع منه .

* * *

ذلك هو الفارق الجوهرى بين المسؤولية الجنائية وبين المسؤولية المدنية . وتنبنى على اختلاف الجزاء الجنائى عن الجزاء المدنى من حيث الطبيعة ، الآثار القانونية الآتية :

(أولا) أنه بينما يتوقف وجود الجزاء الجنائى ومداه ، على الخطورة الاجرامية وجودا ومدى ، فان الجزاء المدنى لا شأن له أصلا بهذه الخطورة ولا يعبأ بوجودها أو بتخلفها ، لأن همه الوحيد وشغله الشاغل هو العودة بالأمور الى ما كانت عليه قبل مخالفة القانون ، بصرف النظر عن نفسية من صدرت منه هذه المخالفة ، ورفقا بمن كان ضحية للمخالفة نفسها .

(ثانيا) أنه لما كان الجزاء الجنائى يتعلق به حق المجتمع فى الكيان والبقاء ، فان زمام الدعوى عنه فى يد النيابة العمومية لا فى يد المجنى عليه كما هو الحال فى الجزاء المدنى .

(ثالثا) أن وفاة الجانى تسقط الجزاء الجنائى ، ولكنها لا تسقط الجزاء المدنى ، اذ يمكن اعمال الجزاء المدنى فى تركة المتوفى .

(رابعا) أن التنازل عن الجزاء الجنائى لا يملكه أحد لأن هذا الجزاء حق المجتمع ، فى حين أن التنازل عن الجزاء المدنى ممكن متى شاء المجنى عليه هذا التنازل .

(خامسا) أن تغاير الجزاءين من حيث الطبيعة والوظيفة ، يجوز بسببه اجتماعهما معا عن السلوك الاجرامى الواحد ، متى ترتب على هذا السلوك اخلال بالوضع المادى للأمور ألحق الأذى بشخص ما ، فيزال هذا الاخلال للعودة بالأمور ماديا الى ما كانت عليه ، وذلك بالاضافة الى توقيع الجزاء الجنائى .

* * *

أظهرنا بما تقدم ، ماهية الجزاء الجنائى ووظيفته ، ولم نتحدث حتى الآن عن تصنيفه وتنويعه . وتصنيف الجزاء معناه تصنيف المسؤولية .

والسبب فى هذا التصنيف هو التعدد فى الوسائل اللازمة لتحقيق الغرض العام من المسؤولية ومن الجزاء كأداة لها ، واستحالة أن يتحقق هذا الغرض بوسيلة وحيدة .

فقد قلنا ان الغرض من الجزاء الجنائى كأداة للمسؤولية الجنائية ، هو منع وقوع جريمة أخرى من ذات الشخص الذى أجرم ، باعتبار أن المنع الخاص – طبقا للاتجاه الحديث فى السياسة الجنائية – أولى بالاعتبار من مقتضيات المنع العام ، لكون الأنسب والأكرم لآدمية المجرم ، والأنفع والأصلح للمجتمع ، ألا يسحق المجرم سحقا بسبب ما بدر منه ، وأن يضع المجتمع يده فى يده كى يستحيي موات ما فى انسانيته من قيمة كامنة ، ويزيل ما علق بنفسيته من شائبة فاسدة ، ويأخذ بناصره ، وينتشله من وهدته ، ليحوله الى عضو نافع فى الجسم الاجتماعى .

فبهذا السبيل ، وبه وحده ، لا تترك فى جمهرة الشعب بقية باقية من كفايات مستكنة دون استغلال لها ، كما يأمن الشعب فى الوقت ذاته أن يظل أصحاب هذه الكفايات وبالا عليه ومصدرا لاجرام هدام لكيانه .

ولما كانت الوسيلة الكفيلة بتحقيق هذا الهدف ، على ما ذكرنا ، لا يمكن أن تكون وحيدة ، بل لابد بطبيعة الحال من أن تكون متعددة متنوعة تنوع المجرمين ، لم يكن بد من أن يتنوع الجزاء الواجب توقيعه بتنوعهم .

فمن المجرمين من لا يلزم معهم أى جزاء ، لانتفاء خطورتهم – على ما ذكرنا – فى الكلام عن الخطورة الاجرامية – وبالتالى لا يكون ضروريا فى سبيل منعهم من اجرام جديد أن يلقوا جزاءا على الجريمة الواقعة منهم ، اذ يكفى فى شأنهم ما اتخذ معهم بسبب هذه الجريمة من اجراءات تحقيق ومحاكمة .

ومن المجرمين من يلزم توقيع الجزاء الجنائى عليهم ، تبعا لوجود الخطورة الاجرامية فيهم ، وهؤلاء هم مجال الكلام عن تصنيف المسؤولية وتنويع الجزاء .

فاذا كان المجرم ممن يستطيعون الاقلاع عن الجريمة اذا شاءوا وايثار طريق آخر عليها ، بدلا من التزام السير فى طريقها ، كانت وسيلة حمله حملا على هذا الاقلاع ، هى ايلامه بسبب الجريمة التى وقعت منه ، حتى يتذوق ما يجره ارتكابها من ألم له ، فلا يعود اليها مستقبلا كى لا يعانى بسببها نفس الألم مرة أخرى .

فاذا كانت وسيلة الجزاء الى المنع من الاجرام ، هى الايلام ، سمى هذا الجزاء عقوبة .

أما اذا كان المجرم مجنونا أو حدثا صغيرا ، لا يستطيع الاقلاع عن الجريمة واختيار غيرها ، بسبب كونها نتيجة حتمية للمرض العقلى أو لعدم بلوغ النضج النفسانى ، فان ايلامه لا يجدى فى الحيلولة بينه وبين الجريمة ، مادام باقيا لديه المرض العقلى أو القصور عن بلوغ النضج النفسى .

ويكون السبيل الى منعه من العود الى الاجرام ، لا ايلامه ، وانما علاج مرضه العقلى المنتج للجريمة أو علاج قصوره عن بلوغ النضج النفسى .

فاذا كانت وسيلة الجزاء الى المنع من الاجرام ، هى العلاج ، سمى هذا الجزاء بالتدبير الوقائى .

وليس بلازم أن تكون العقوبة ايلاما بحتا بدون علاج ، بل ان هذا محظور ممنوع حسب الأسلوب العصرى المستقر عليه فى تصوير العقوبات وفى أسلوب تنفيذها .

ذلك لأن العقوبة وان كانت وسيلتها الى المنع هى ايلام الجانى (١) ، فانها لا تخلو ، بل لا يجوز أن تخلو من علاج كذلك ، اذ يجب أن يقترن بها

(١) وهذا الإيلام يتمثل فى حرمانه من الحرية والزج به بين جدران السجن ، وتوقيع جزاءات تأديبية عليه عند مخالفته نظام السجن منها الجلد ، ومنها العزل فى الزنزانة (تراجع المادة ٤٣ من القانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم السجون) .

هذا العلاج سواء فى صورة الطب النفسانى والجثمانى ، أو فى صورة التعليم المهنى .

ومن جهة أخرى ،، ليس بلازم فى التدبير الوقائى أن يكون علاجا بحتا ، فتوبيخ الصغير فى الجلسة ، وان كان علاجا ، لا يخلو مع ذلك من ايلام . وحتى ايداع المجنون فى المستشفى ، لا يخلو من ايلام ، على الأقل فى نظر الجمهور العام ، وايداع الحدث اصلاحية الأحداث ، أو الرجل اصلاحية الرجال لا يخلو من ايلام على الأقل من ناحية ما فيه من تقييد الحرية ، وعلى الرغم من كونه تدبيرا واقيا .

وكل ما نبغى تقريره فى تحديد طبيعة العقوبة من جهة ، وطبيعة التدبير الوقائى من جهة أخرى ، أنه حيث يكون الايلام فى الجزاء غالبا على العلاج ، كان الجزاء عقوبة ، وأنه حيث يكون العلاج فى الجزاء غالبا على الايلام ، كان الجزاء تدبيرا واقيا .

فالعبرة بما فى الجزاء من نسبة ألم ، وبما فيه من نسبة علاج ، وبما اذا كانت احدى النسبتين طاغية على الأخرى . فان طغت الأولى كنا فى صدد عقوبة ، وان طغت الثانية كنا فى صدد تدبير وقائى .

ولا يمارى أحد فى فاعلية الألم كوسيلة لتطهير النفس من نوازع الفساد فيها ، عن طريق اشعارها بما يجره الفساد من عاقبة بغيضة ، هى التألم بسببه .

غير أن ألم العقوبة سلاح ذو حدين ، يتعين فيمن يمسك به أن يحسن استخدامه ، لأن تجاوز الألم للحد المناسب ، ينقلب به الى تحقيق عكس المقصود منه ، فبدلا من أن يؤدى الايلام المغالى فيه الى ترك الجريمة ، يفضى الى رد فعل عكسى ، هو الاصرار على الجريمة ، سخطا واحتجاجا .

ومن المجرمين أخيرا ، من استمرأوا ألم العقوبة واعتادوا عليه حتى صارت نفوسهم غير قابلة للشعور به مهما استمر وتكرر ، وليس لجرح بميت ايلام . ويسمون فى عرف الفقه الجنائى بعدم القابلين للتقويم incorreggibili

أما أن تقويمهم مستحيل حقيقة ، فهذا ما لا يسهل القطع به . والمقصود بهم العائدون عودا متكررا .

وكل ما يترتب على استمرائهم ايلام العقوبة ، أن يتبع فى تقويمهم سبيل آخر غير هذا الايلام ، يغلب فيه العلاج على الايلام ، أى أن يتخذ معهم تدبير وقائى .

فقد كانت المادة ٥٢ من قانون العقوبات المصرى ، تنص قبل الغائها بالقانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٦ ، على الوضع فى اصلاحية الرجال .

وتنص المادة ٢١٦ من قانون العقوبات الايطالى : على الايداع لأجل غير مسمى فى مستعمرة زراعية أو فى احدى مؤسسات العمل assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro.

والاختيار بين المستعمرة الزراعية وبين مؤسسة العمل ، يتوقف على نوع الجانى من بين أنواع الرجال ، واستعداده للزراعة أو للعمل فى الصناعة (م ٢١٨ ٢ من قانون العقوبات الايطالى) .

وينص القانون الفرنسى الصادر فى ٢٧ مايو ١٨٨٥ على النفى المؤبد خارج فرنسا .

وقد انتقد الأستاذ Filippo Grispigni ما قررته المادة ١٠٩ من قانون العقوبات الايطالى ، من جمع بين العقوبة المشددة بسبب الاعتياد على الاجرام ، أو احترافه ، أو التشرب بالميل اليه ، وبين التدبير الواقى السالف ذكره وهو الايداع لأجل غير مسمى فى مستعمرة زراعية أو فى احدى مؤسسات العمل (١) ، اذ أن تلك المادة أوجبت توقيع ذلك التدبير الواقى ، بعد أن يستوفى المحكوم عليه العقوبة المشددة ، وبالاضافة اليها .

---

(١) يرجع فى ذلك الى تقريره المقدم الى المؤتمر الدولى السادس لقانون العقوبات المنعقد فى روما سنة ١٩٥٣ ، وهذا التقرير منشور فى المجلة الدولية لقانون العقوبات س ٢٤ عدد ٣ — ص ٧٥٧ — ص ٨٠٤

ولا شك فى أنه ــ رحمه الله ــ محق فى هذا الانتقاد .

ذلك لأن العقوبة كوسيلة ايلام تتعارض مع التدبير الواقى الشخصى كوسيلة علاج ، ولا يسوغ الجمع بينهما معا فى معاملة مجرم واحد بعينه ، اذ الطبيعى أن يحكم عليه اما بالعقوبة واما بالتدبير الوقائى الشخصى طبقا لما تقتضيه حالته ، لا بهما معا .

ومادمنا قد سلمنا بأن المجرم لا يشعر بعد بألم العقوبة تبعا لاعتياده على هذا الألم بل لاستمرائه اياه ، فأى جدوى ترجى بعد ذلك من تكرار غير المجدى ؟

ولقد أوصى بعدم الجمع بين الجزاءين ، المؤتمر الدولى للقانون الجنائى وعلم العقاب المعقود فى لاهاى سنة ١٩٥٠ ، والمؤتمر الدولى للقانون الجنائى المعقود فى روما سنة ١٩٥٣ والمقدم اليه تقرير الأستاذ جرسبينى المنوه عنه . كما يجرى فعلا على عدم الجمع بين الجزاءين القانون السويدى الصادر سنة ١٩٣٧ ، والقانون الانجليزى criminal justice act الصادر سنة ١٩٤٨ والقانون اليونانى الصادر سنة ١٩٥٠ ، كما كانت تجرى عليه فعلا المادة ٥٢ من قانون العقوبات المصرى قبل الغائها[1] .

والواقع أن الجزاءين ، كما قلنا ، نوعان من نفس الجنس ، ووسيلتان مختلفتان لتحقيق نفس الهدف ، ومن ثم فالواجب هو تخير أصلحهما للمجرم لا الجمع بينهما .

* * *

وتصنيف الجزاء ، لا يقف عند تقسيمه كجنس ، الى نوعى هذا الجنس وهما العقوبة والتدبير الواقى ، وانما يمتد تصنيفه كذلك الى النوع الواحد ، بتقسيم كل من النوعين فرعيا وبدوره الى عدة أصناف .

---

(١) ومع ذلك أخذت المادة ١٦٦ من مشروع قانون العقوبات الموحد بالجمع بين الجزاءين .

فكما أن العقوبة تنقسم الى مقيدة للحرية ومالية [1] ، ولا يلزم عند كونها مالية أن تتناسب مع الضرر الناتج من الجريمة ، لأن هذا التناسب خصيصة التعويض كجزاء مدنى يعيد الأمور الى ما كانت عليه ، وكما تنقسم العقوبة المقيدة للحرية الى أشغال شاقة وسجن وحبس ، ينقسم التدبير الواقى هو الآخر ، الى تدبير واق شخصى وتدبير واق عينى .

فالتدبير الواقى الشخصى ، يعالج المجرم بأسلوب منصب على شخص المجرم ، أما التدبير الواقى العينى ، فيعالج المجرم بأسلوب منصب على شىء استخدمه المجرم فى الجريمة أو حصل عليه منها ، وذلك لتفادى أن يعود المجرم الى استخدام ذلك الشىء فى مثل الجريمة مرة أخرى ، أو أن يعود الى الحصول عليه بمثلها . وصفة العينية فى التدبير الواقى العينى ترجع الى كونه منصبا على شىء أى عين مادية ، ولو أنه يهدف هو الآخر الى علاج المجرم نفسه .

ومن قبيل التدابير الواقية الشخصية فى قانون العقوبات المصرى ، ايداع المجنون المجرم مستشفى الأمراض العقلية (م ٣٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية [2] ، وايداع المتسول غير الصحيح بنية ، ملجأ من الملاجىء (م ٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ الخاص بتحريم التسول) ، وايداع معتادى ممارسة الفجور أو الدعارة مؤسسات اصلاحية (م ٩ من القانون

---

(١) يرجع فى تقسيمات العقوبة الى الأحكام العامة فى قانون العقوبات للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد – ١٩٥٧ – ص ٥٣٧ تحت عنوان "تقسيم العقوبات بالنظر الى ما تصيبه فى المحكوم عليه : عقوبات بدنية ومقيدة للحقوق وسالبة للحرية ومالية وماسة بالاعتبار" .

(٢) أما ما ينص عليه القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٤ من حجز المصابين فى قواهم العقلية ، الذين لم يرتكبوا جريمة ، فإجراء ادارى لا قضائى ، يدخل فى قانون البوليس لا فى القانون الجنائى ، وتدل المادة الرابعة من القانون المذكور على أن من شروط اتخاذه ، الخطورة الإجرامية .

رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة [١] ، والتدابير المنصوص عليها فى المادة ٦٥ والخاصة بجرائم الحدث الذى لا يتجاوز عمره ١٢ سنة [٢] ، والتدابير المنصوص عليها رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن الأحداث المتشردين ، والوضع تحت مراقبة البوليس رغم أن قانون العقوبات سماه خطأ فى المادة ٢٤ منه ، بالعقوبة التبعية ، وذلك لأن العلاج فيه غالب على الايلام ، ووضع المتشردين والمشتبه فيهم تحت مراقبة البوليس (م ٢ ، ٦ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥) ، وحظر اقامة المحكوم عليه بالاعدام أو بالأشغال الشاقة ، لجناية قتل أو شروع فيه أو ضرب أفضى الى موت بعد سقوط عقوبته بمضى المدة ، فى دائرة المديرية أو المحافظة التى وقعت فيها الجريمة (م ٥٣٣ من قانون الاجراءات الجنائية) .

ويلاحظ أنه فى حالة التسول ، وحالة التشرد ، يتعلق الأمر بخطورة اجرامية ، جعل القانون منها فى ذاتها جريمة ، رغم أنها لم تفض بعد الى جريمة بالفعل [٣] (كما فى الصور المختلفة لتشرد الحدث ومنها حالة جمع أعقاب السجاير المنصوص عليها فى الفقرة (ب) من المادة الأولى من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩) . والجزاء الجنائى الذى تقرر لتشرد الحدث هو التدبير الوقائى الشخصى لا العقوبة ، أما الجزاء الذى تقرر لحالة التسول ولحالة الاعتياد على ممارسة الفجور والدعارة ، فيجمع بين العقوبة والتدبير الوقائى الشخصى على نحو سبق لنا بيان وجه النقد فيه .

---

(١) وايداع المتسول الملجأ ، وايداع المعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة مؤسسة إصلاحية ، كل منهما تدبير وقائى يضاف الى العقوبة وينفذ بعد انتهاء تنفيذها .

(٢) أما مسؤولية الحدث المتجاوز عمره ١٢ سنة والذى لم يتجاوز مع ذلك ١٥ سنة ، فتارة تكون وقائية ، وتارة تكون عقابية ، حسب تقدير القاضى ، وبشرط عدم توقيع عقوبة أشد من الحبس اذا رئى أن تكون مسؤوليته عقابية ، وذلك على التفصيل المبين بالمادتين ٦٦ ، ٦٧ وما بعدهما . أما الحدث الذى تجاوز ١٥ سنة ولم يتجاوز ١٧ سنة ، فمسؤوليته عقابية بحتة مع اعفائه من عقوبتى الاعدام والأشغال الشاقة . فاذا كان الحدث متجاوزا ١٧ سنة ولو بيوم واحد ، أصبحت مسؤوليته العقابية كاملة غير مقيدة .

(٣) على بدوى — المرجع السابق — ط .

أما التدابير الواقية العينية فمن قبيلها المصادرة رغم أن قانون العقوبات سماها خطأ فى المادة ٢٤ منه بالعقوبة التبعية . ومثالها مصادرة الأشياء التى تستعمل فى جناية أو جنحة أو تتحصل منها (م ٣٠) ، ومصادرة الموازين والمكاييل والمقاييس المغشوشة (م ١١ من القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٥١) ، ومصادرة المواد المخدرة (م ٤٢ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠) ، ومصادرة النقود والأمتعة فى محال القمار واليانصيب (المادتان ٣٥٢ ، ٣٥٣ ع).

ويعتبر تدبيرا واقيا عينيا كذلك ، اغلاق الصيدليات والمحال المرخص لها بالاتجار فى المواد المخدرة اذا وقعت فيها جريمة مخدرات (م ٤٧ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠) ، واغلاق المحال العمومية (م ٣٦ ، ٣٧ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦) ، واغلاق بيوت الدعارة (م ٨ ، ٩ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١) .

ومن ذلك أيضا تعطيل الجرائد المنصوص عليه فى المادتين ١٩٩ ، ٢٠٠ من قانون العقوبات .

* * *

على أن التدابير الواقية المتقدم ذكرها ، قد استخلصت من مواضع شتى فى قانون العقوبات وفى القوانين الخاصة ، ولا يوجد باب مستقل خاص بها فى قانون العقوبات ، خلافا للأمر فى القانون الايطالى .

بل ان عبارة « التدبير الواقى » لم يرد لها ذكر فى أى نص من النصوص الجنائية . وكل ما ورد من تعبير عن فكرة التدبير الواقى ، لم يكن الا لفظا جاء فى مذكرة تفسيرية لقانون ، لا فى نص القانون ذاته ، ونعنى بذلك المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ الخاص بتشرد الأحداث ، اذ أنها أطلقت على الأجزية المقررة فى هذا القانون اسم « التدابير » .

ولا شك فى أنه يتعين ، مجاراة للاتجاه العصرى الحديث فى التشريعات الجنائية ، ومراعاة للأهمية القصوى التى اكتسبتها التدابير الواقية فى مجال

الجزاء الجنائى ، أن يرد لها فى قانون العقوبات لا ذكر صريح فحسب ، وانما باب كامل يخصص لها وينظم بالتفصيل أحكامها .

فهذا ما فعله القانون الايطالى كما قلنا ، اذ أفرد الباب التاسع منه للتدابير الواقية ، وقسمها الى تدابير واقية شخصية misure di sicurezza personali ، وتدابير واقية عينية misure di sicurezza patrimoniali

وقسمت المادة ٢١٥ من قانون العقوبات الايطالى التدابير الشخصية ، الى مقيدة للحرية مثل الايداع فى مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل ، والى غير مقيدة للحرية مثل مراقبة البوليس liberta vigilata . وتناولت المادة ٢٣٦ التدابير الواقية العينية ذاكرة منها المصادرة والكفالة المالية ضمانا لحسن السلوك cauzione di buona condotta .

وقد جرى مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة على ذلك النهج بأن أفرد الفصل الثالث من بابه الرابع الخاص بالجزاء ، للتدابير الاحترازية .

ويسرنا أن نسجل نزعة تقدمية أخرى بدت من جانب المشرع فى نصوص صارت بالفعل قانونا ، وليست مجرد مشروع قانون ، ونعنى بها القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها ، وتلك النزعة هى عدم الجمع بين العقوبة وبين التدبير الواقى الشخصى .

فتنص المادة ٣٧ من ذلك القانون على أنه :

« يعاقب بالسجن وبغرامة من خمسمائة جنيه الى ثلاثة آلاف جنيه مصرى أو من خمسة آلاف ليرة الى ثلاثين ألف ليرة سورية ، كل من حاز أو أحرز أو اشترى أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع جواهر مخدرة ، أو زرع نباتا من النباتات الواردة فى الجدول رقم (٥) أو حازها أو أحرزها أو اشتراها ، وكان ذلك بقصد التعاطى أو الاستعمال الشخصى — وذلك

كله ما لم يثبت أنه رخص له بذلك بموجب تذكرة طبية أو طبقا لأحكام هذا القانون .

ولا يجوز أن تنقص مدة الحبس عن ستة أشهر فى حالة تطبيق المادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى أو المادة ٢٤٣ من قانون العقوبات السورى .

ويجوز للمحكمة بدلا من توقيع العقوبة المنصوص عليها فى هذه المادة ، أن تأمر بايداع من ثبت ادمانه على تعاطى المخدرات احدى المصحات التى تنشأ لهذا الغرض ليعالج فيها الى أن تقرر اللجنة المختصة ببحث حالة المودعين بالمصحات المذكورة الافراج عنه ، ولا يجوز أن تقل مدة البقاء بالمصحة عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة » .

بل أضافت المادة فى نهايتها الفقرة الآتية :

« ولا تقام الدعوى الجنائية على من يتقدم من متعاطى المواد المخدرة من تلقاء نفسه للعلاج » .

وهذا نصر باهر لمبدأ عدم جواز الجمع بين العقوبة وبين التدبير الواقى الشخصى .

وأخيرا فقد جعل القانون الايطالى للقاضى اشرافا على تنفيذ الجزاء الجنائى سواء أكان عقوبة (م ١٤٤ من قانون العقوبات الايطالى) ، أو كان تدبيرا واقيا (م ٦٣٥ من قانون الاجراءات الجنائية الايطالى) .

هذا القاضى يسمى بالقاضى المشرف **giudice di sorveglianza**

وقد عهدت اليه المادة ١٤٤ من قانون العقوبات الايطالى بمهمة البت فى السماح للمحكوم عليه بالعقوبة ، بأن يشتغل بعمل خارج السجن ، وكذلك البت فى الافراج عنه تحت شرط .

وعهدت اليه المادة ٦٣٥ من قانون الاجراءات الجنائية الايطالى بأن يشرف على تنفيذ التدابير الواقية ، بل جعلت له أن يعدل التدبير وأن يحل آخر محله ، وأن يبت فى انهاء العمل بالتدبير تبعا لزوال الخطورة الاجرامية عن المحكوم عليه بالخضوع للتدبير (م ٢٠٧ من قانون العقوبات الايطالى) .

أما فى مصر فانه وان كان للسلطة القضائية اشراف على السجون (م ٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية) ، الا أن الافراج تحت شرط فى العقوبات ، يبت فيه مدير عام السجون (م ٥٣ من القانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦) .

والاشراف القضائى على تنفيذ التدابير الواقية ، لم يقرره التشريع المصرى الا فى صدد المجرمين والمتشردين الأحداث ، وبحيث ألا يشرف القاضى على تنفيذ التدبير فحسب ، بل يملك كذلك تعديله واحلال آخر محله ، رغم قوة الشيء المقضى فيه (م ٣٥٩ ، ٣٦١ من قانون الاجراءات الجنائية فى صدد اجرام الأحداث ، م ٨ من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ لسنة ١٩٤٩ فى صدد تشرد الأحداث) .

أما التدابير الواقية الشخصية المحكوم بها على المجرمين الكبار ، فليس للقاضى على تنفيذها نفس الاشراف .

بل انه حتى فى التدابير الواقية الخاصة بالأحداث ، ليس القاضى هو الذى يبت فى الافراج عن الحدث ، وانما الذى يبت فى هذا الافراج هو وزير العدل ان كان الحدث المتخذ معه التدبير مجرما (م ٧٠ من قانون العقوبات) ، ووزير الشؤون الاجتماعية اذا كان الحدث المتخذ معه التدبير متشرداً (م ١٠ من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩) .

ولا شك فى أن القاضى ، وقد درس القضية ، فعلا وفاعلا ، له من الدراية بأمرها ، ما يبرر أن يعهد اليه بالاشراف على تنفيذ التدبير الواقى وعلى انهاء هذا التنفيذ ، وله أن يستعين فى كل ذلك برأى الخبراء .

* * *

ذلك هو الاتجاه الحديث فى نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية ، نرجو أن يكون النجاح قد حالفنا فى استظهاره وابرازه ، والله ولى التوفيق .

العرف فى القانون الدولى

للدكتور محمد طلعت الغنيمى

مدرس القانون الدولى العام بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

مدخل الى البحث :

يشغل العرف مكانة هامة فى دراسات القانون الدولى نظرا للدور الخطير الذى يؤديه فى نطاق الجماعة الدولية بسبب ما يتسم به القانون الدولى العام حتى الآن من افتقاره الى مشرع دولى بالمعنى الصحيح ، فمن البديهى أنه اذا انعدم المشرع وكان ذا سلطان ضعيف فى الجماعة فان العرف الصحيح يصبح هو المظهر الغالب لقانون تلك الجماعة . وتوضيح ذلك أن كيان الجماعة يقتضى وضع حدود لنشاط أفرادها حتى لا يكون نشاط عضو سببا فى تحطيم الأعضاء الآخرين لا سيما وأن الفرد ينحو بطبيعته الى التحكم ، وتحديد نشاط الافراد – أو أعضاء الجماعة – هو مهمة القانون فان وجدت السلطة التشريعية وقع عليها عبء تنظيم ذلك النشاط والا فان أعضاء الجماعة يتعارفون على قواعد ترتب ذلك النشاط ، وهذه القواعد هى التى نسميها بالقواعد العرفية أو العرف . ونظراً لأن الجماعة الدولية لم تعرف بعد المشرع الدولى ذا السلطات الفعلية فان مهمة تحديد حريات ونشاط أعضائها يعود أساساً الى ما تتعارف عليه من قواعد فيما بينها أى الى العرف .

وقد جرت عادة الفقهاء على دراسة العرف عند الكلام على مصادر القانون الدولى العام . والحق ان دراسة القانون الدولى العام تتميز بالترابط بين موضوعاته المختلفة بمعنى أن دراسة أية فكرة من أفكاره تستدعى دراسة الكثير من أفكاره الأخرى حتى يمكن تفهمها على نحوها الصحيح وعرضها عرضا واضحا . ومن ثم فقد يكون من الأوفق أن نساير الطريقة التقليدية

فى دراسة العرف وذلك بأن نقدم لبحثنا بفصل يناقش مصادر القانون الدولى . ونظرا للخلاف الشديد بين فقهاء القانون الدولى العام على مصادر ذلك القانون فاننا سنتبع عرض المدارس المختلفة فى المصادر بفصل نعلق فيه على آراء الفقهاء وننتهى الى رأينا فى الخلاف ثم نختم البحث بفصل ثالث يناقش العرف ومكانه من القانون الدولى العام .

ومن ثم يمكن أن نقسم البحث الى ثلاثة فصول :

١ ــ فصل أول فى الكلام عن المدارس التى تعالج مصادر القانون الدولى العام .

٢ ــ فصل ثان فى التعليق على تلك المدارس ورأينا فى الموضوع .

٣ ــ فصل ثالث فى تحديد العرف ومكانه من القانون الدولى العام .

الفصل الأول

فى

المدارس التى تعالج مصادر القانون الدولى العام

تمهيـــد :

اختلف الفقهاء فى توضيحهم لمصادر القانون الدولى العام مذاهب شتى ليس من السهل تجميعها تحت نظريات رئيسية الأمر الذى دعى الكثيرين ممن يتعرضون لتوضيح آراء المدارس المختلفة فى مصدر القانون الدولى العام الى تعداد الفقهاء البارزين وذكر رأى كل منهم على حدة . ولا شك أن اتباع هذا المنهاج فى العرض يترتب عليه تشتت الدراسة والبعد بها عن غرضها الأساسى هنا وهو التمهيد لتحديد العرف ومكانه من القانون الدولى العام . ومن ثم فان الذى يناسب طريقتنا فى البحث هو تجميع المدارس تحت عناوين رئيسية توضح أهم المعالم التى اتسمت بها مختلف الآراء فى الموضوع .

ومن الفقهاء الذين حاولوا تجميع المدارس فى مجموعات تضم كل منها المدارس التى تميزها فكرة رئيسية معينة الفقيه أوبنهايم الذى قسم المدارس الى ثلاثة تصنيفات(١) :

١ — مدرسة القانون الطبيعى ، ويعنى بها المدارس التى لا تقر بقانون ذاتى ينظم العلاقات بين الدول المستقلة وانما تعتبر القانون الدولى العام جزءا من الطبيعة(٢) .

---

(١) Openheim- The Science of International Law, American Journal of International Law, 1908, p. 326.

(٢) أو هى — على حد تعبير أوبنهايم — المدارس التى "maintain that no private law is possible for the regulation of the intercourse of the Sovereign States and that therefore all so-called international law is not law but only a part of nature."

٢ — مدرسة القانون الوضعى ، وهى التى ترجع القانون الدولى العام الى المعاهدات والعرف وذلك على أساس أن العرف اتفاق ضمنى tacite conventio . ولذا لا تعترف بقواعد أخرى عدا القواعد الاتفاقية التى تحويها المعاهدات أو يتضمنها العرف .

٣ — المدرسة الجروسيوسية — نسبة الى الفقيه جروسيوس — ويعنى بها المدرسة التى تقر فى ذات الوقت بقانون دولى وضعى وآخر دولى طبيعى .

وقد كان تصنيف أوبنهايم محل انتقادات شديدة أبرزها أنه انتهى الى نتائج غير مقبولة ، فهو مثلا قد فصل جروسيوس عن مدرسة القانون الطبيعى رغم أن جروسيوس يلقب بأبى القانون الدولى والقانون الطبيعى . كما اعتبر زوخ وفيليمور من الفقهاء الوضعيين مع أنهم يقولون بأن القانون السماوى والطبيعى هما المصادر العليا للقانون الدولى .

والحقيقة — كما قلنا — أن تصنيف النظريات التى عالجت مصادر القانون فى مدارس رئيسية تجمعها وحدة المبادىء واتفاق الأسس وتماثل التفاصيل أمر ليس بالهين ، ولذا فان تصنيفا كهذا لا يعدو وأن يكون ذا صفة فنية خالصة(١) .

وازاء هذا نرى تبسيطا للأمر أن نجعل معيار التصنيف هو النظرة الفقهية حيال مصدر القانون . ذلك أن الفقهاء جميعا يكادون يدورون حول احدى فكرتين بالنسبة لهذا المصدر : هل مصدر القانون مصدر طبيعى مفترض أم هو خلق من وضع الجماعة ؟

وعلى هدى من ذلك يمكن أن نقسم المدارس المختلفة الى مجموعتين عامتين هما :

---

(١) Rolando Quadri — Le fondement du caractère obligatoire du droit international.

مجموعة محاضرات لاهاى — سنة ١٩٥٢ ج ١ عدد ٨٠ ص ٥٨٥ — ٦٠٥

١ — مدارس المصدر الطبيعى ، ونقصد بها المدارس التى ترى أن للقانون مصدرا طبيعيا مفروضا .

٢ — مدارس المصدر الوضعى ، ونعنى بها المدارس التى ترى أن القانون نتاج تصرف واع conscient ذى أثر قانونى .

وتقسيمنا هذا يؤيده الواقع التاريخى فهو صورة حديثة من الفكرة القديمة التى كانت تقسم القانون الى قانون سماوى uis divinum ، وقانون بشرى uis homanum . هذا الى جانب ما هو معروف من أن فكرة القانون الوضعى تعارض تاريخيا فكرة القانون الطبيعى .

ونبادر هنا فنقول : اننا لا نفرق بين مصدر القانون والأساس الملزم للقانون ، فالفكرتان عندنا مرتبطتان على نحو ما سنفصل فيما بعد . ونتولى توضيح ما سبق أن أجملناه بشأن المدارس .

مدارس المصدر الطبيعى

من الجلى ألا يقتصر عرضنا لمدارس المصدر الطبيعى على مدارس القانون الطبيعى بالمعنى التقليدى لأننا كما قلنا انما نعنى بمدارس المصدر الطبيعى مختلف المدارس التى تجتمع عند فكرة أن مصدر القانون مصدر طبيعى مفترض . ومن ثم فاننا سنعرض لمدارس أخرى — مع مدرسة القانون الطبيعى — ربما تكون أهمها نظرية لوفر Le Fur التى تستند الى الخير المشترك ، ونظرية ديجى Duguit التى تقوم على التضامن الاجتماعى .

(أولا) مدرسة القانون الطبيعى التقليدية :

تعتبر نظرية القانون الطبيعى أولى النظريات التى ظهرت فى مجال دراسة الأساس الملزم للقانون الدولى العام ، وهى كذلك أكثر النظريات مقاومة حتى الآن اذ لازال لها أيضا أنصار ينادون بها ويحاولون تدعيمها الى وقتنا هذا[١].

---

(١) الدكتور محمد حافظ غانم — الأصول الجديدة للقانون الدولى العام — طبعة سنة ١٩٥٤ ص ٥٢

ورغم هذا فليس من الهين أن نعطى فكرة دقيقة عما يقصد بالقانون الطبيعى عند فقهاء هذه المدرسة ولا أن نصنف أنصارها لأن فكرة القانون الطبيعى كثيرا ما تختفى وراء أفكار أخرى ذات صبغة وضعية ظاهرة ، بل ان فقهاءها قد يتناقضون على نحو ما سيتضح لنا أثناء الدراسة .

ولكنا نستطيع أن نقول اجمالا ان فكرة القانون الطبيعى تدور حول محورين هما أن :

١ ـ القانون الوضعى لا يمكن فهمه دون التعرف على مبادئه الأساسية فى القانون الطبيعى ، ولذا تعتبر أن القانون الطبيعى جزء لا يتجزأ من القانون الدولى .

٢ ـ نظام الاكراه الوضعى يجب أن يستند الى نظام أخلاقى من القانون الطبيعى[١] .

والفكرة فى محوريها السالفين ترتكز أساسا على العقل[٢] .

ولتوضيح ذلك نقول : ان الفكرة التقليدية للقانون الطبيعى فى قولها بأن القانون الوضعى لا يمكن فهمه الا بالتعرف على مبادئه الأساسية المستمدة من القانون الطبيعى تقصد أن هناك قواعد موضوعية للعدالة وأن تلك القواعد مفروضة تنبع من طبيعة الناس ، ونظرا لأن الطبيعة البشرية تكون بشكل أو بغيره جزءا لا يتجزأ من الطبيعة الموضوعية عموما [٣] ، فان القواعد النابعة منها تسمى بقواعد القانون الطبيعى .

أما ان نظام الاكراه الوضعى يجب أن يستند الى نظام أخلاقى من القانون الطبيعى ، فتبريره أنهم يعتبرون أن الزام القانون تفسره قاعدة طبيعية

---

(١) Paul Guggenheim : Les principes de l'ordre juridique en droit international.
مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٥٢ ـ ج ١ عدد ٨٠ ص ٧

(٢) كوادرى ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨٥

(٣) Mircea Juvara : Le Fondement de l'ordre juridique en droit international
مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٣٨ ج ٢ عدد ٦٤ ص ٤٩٢

ذات صفة أخلاقية تقضى بأنه الملتزم عبد التزامه ، وتبعا فان الصفة الملزمة للقانون انما تنبع من النظام الاخلاقى[1] .

أما ارتكاز الفكرة على العقل فمرتبط بكون القانون الطبيعى قانونا يستمد من طبيعة الانسان ، لأن طبيعة الانسان قوامها المنطق ، وتبعا فان الانسان يستطيع أن يبحث عن الخير بطريقة ترشيدية عقلية وينضم اليه بحرية ورضاء . ومادام أن العقل هو وسيلة الانسان فى التعرف على قواعد القانون الطبيعى فانه أيضا هو الذى يقيد الاكراه الوضعى بصفة أخلاقية من حيث أن العقل هو المنبع المشترك للأخلاق والقانون معا ، وتبعا فلا يمكن أن يتطور فى شكل قواعد قانونية الا ما تسمح به الأخلاق[2] .

والنظرية على هذا النحو تجمع بين فكرتى الطبيعة والعدالة ، ولكنها لا تفهم العدالة على أنها الاكراه والقوة بل على أنها حقيقة موضوعية عقلية لا تفعل مصادر القانون الوضعى سوى الاقرار بها أى انها تستمد من عقل هو الوسيلة الترشيدية للبحث الموضوعى ، وهو أيضا طريق تعرفنا على عالم من الواجبات متميز عن عالم الحقائق الطبيعية[3] .

على أن الجمع بين فكرتى الطبيعة والعدالة ليس هو ديدن جميع فقهاء القانون الطبيعى اذ منهم فريق – يسمى بفقهاء المدرسة الطبيعية الموضوعية – يحصر أساس القانون فى الحقائق الطبيعية فحسب ، أى أنهم قسموا الفكرتين اللتين توحدهما النظرية التقليدية – وهما فكرة الطبيعة والعدالة – وتبنوا فكرة الطبيعة دون العدالة ، ولذا فان القانون عندهم هو مايجب أن يكون devoir à l'être[4]

(١) يبدو لنا أن سالفيولى من أنصار هذا الرأى لأنه استعمل تعبير « الأخلاق الدولية » كمعيار للحكم على سلامة المعاهدات واعتبر أن الحكم الدولى يجب أن يتخلى عن مهمته وأن يمتنع عن تطبيق المعاهدات الدولية التى تخالف الأسس الجوهرية للأخلاق الدولية والعدالة الدولية . كما ذهب الى أن الفقيه الدولى عليه – عند عرض القواعد الموضوعية – أن يناقش زاويتها الأخلاقية وذلك لكى يبصر من يريد التعرف على هذه القواعد بقصد تطبيقها .

راجع – مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٤٨ جـ ١ عدد ٧٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٢

(٢) Gabriele Salvioli — La règle de droit international

(٣) جوفارا – المرجع السابق – ص ٤٩٧

(٤) Giorgio del Vecchio — Il concetto del diritto, 1906.

وقد طالعتنا نظرية القانون الطبيعي فى بدايتها الأولى على أيدى علماء لاهوتيين[١] فى العصر الوسيط ، فلا غرابة اذن أن يصف هؤلاء العلماء القانون الطبيعي بأنه قانون إلهي وأن يربطوه بارادة الله . فهو عندهم مجموعة مبادىء ثبتها الإله فى قلوب الناس ، ولذا فان العقل اذ يستخلصها من طبيعة الناس انما يستخلص من تلك الطبيعة قواعد استقرت فيها بارادة إلهية[٢] .

ونسوق مثلا لهذه النزعة ما قاله جروسيوس — أبو القانون الطبيعي — فى تعريف القانون الطبيعي[٣] وهو أن :

Le droit naturel consiste dans certains principes de la droite raison qui nous font connaitre qu'une action est moralement honnête ou déshonnête selon la convenance ou la disconvenance néccssaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable et par conséquent que Dieu, qui est l'auteur de la nature, ordonne ou defend une telle action.

وواضح من مراجعة الفقرة السابقة أن جروسيوس صور القانون الطبيعي فى شكل معيار يقر فى ضمير كل واحد منا للتفرقة بين ما هو عادل وما هو غير عادل . ولكن جروسيوس لم يقف عند هذا الحد لأنه لو اكتفى بذلك

---

(١) ليس غريبا أن تسيطر الفكرة الدينية على البدايات الأولى للقانون الدولى العام فقد كان ذلك حال القانون الداخلى أيضا لأن الذى يستفاد من المصادر القليلة التى بين أيدينا ان الصورة الأولى التى ظهرت فيها فكرة القانون كانت صورة دينية اذ كان القاضى مجرد وسيط بين الناس والاله والحكم الذى ينطق به هو وحى إلهى يلهم اياه بمناسبة المنازعة المعروضة عليه . ولذا كان رجال القانون هم فئة الكهنة ، فكان قضاة مصر الفرعونية هم كهنة الإلهة مآت . وكان القدامى يطلقون على الحكم تسميات تدل على صفته الدينية ، فمثلا كان الاغريق يسمونه Themistes نسبة إلى Themis إله العدالة عندهم ، وكان اليهود يسمونه oracle أى الوحى ، وكان الايرلنديون يعبرون عنه بلفظ dooms وفيها معنى القضاء الإلهى . ولما كان طبيعيا أن تتكرر المنازعات المتماثلة فيتكرر تبعا لها الوحى (أى الحكم) على ذات الصورة فقد تكون عن طريق هذا التكرار عرف يستمد قوته الملزمة من صفته الدينية لا من ذاته كعرف .

(٢) قارن فيليمور — القانون الدولى — ص ٢٦ ، ١٢٦ وما بعدها — اذ يعرض القانون السماوى كمبادىء للعدالة الحقيقية حددها الله فى كل المخلوقات ويتعرف عليها العقل بتطبيق مبادئها على الحالات الفردية .

(٣) Hugo Grotius — Du Droit de la Guerre et de la Paix — traduction Barbeyrac. Discours préliminaires. p. 64.

الشطر من الفكرة لترتب على رأيه اختلاف معيار القانون الطبيعى باختلاف ضمائر الأفراد ، ولذلك أراد أن يتلافى هذا الاحتمال باعطاء القانون الطبيعى وصف الثبات والعمومية ، فأضاف له عنصرا تتوافر فيه تلك الصفات وهو الإله . ومن ثم أضفى صفات الإله على القانون الطبيعى فاعتبره قانونا عالميا غير متغير . الا أن جروسيوس لم يقم رابطة بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى على خلاف بوفندورف الذى أقام تبعية بين القانونين فعنده لا يوجد قانون شعوب مختلف عن القانون الطبيعى[1] .

الا أن الأصل الإلهى للقانون الطبيعى توارى تدريجا وبقيت الركيزة الأساسية للنظرية هى طبيعة الانسان التى تنعكس صفتها القواعدية على العقل الآمر[2] ، فهى قواعد معقولة ، وطبيعتها المعقولة انما يستمدها الانسان من قواعد وعدالة عالمية لازمة ، ومن أجل هذا تسمو قواعد القانون الطبيعى على قواعد القانون الوضعى .

وقد رتب بعض فقهاء القانون الطبيعى على العلوية التى تتمتع بها قواعد القانون الطبيعى حيال القانون الوضعى أن قواعد القانون الوضعى التى تخالف القانون الطبيعى تعتبر بمثابة قوة تهدف الى فرض القانون تعسفا وذلك على أساس أن القانون فى مثل هذا الفرض كان يجب أن يتفق مع أحكام القانون الطبيعى ، ومادام يخالفه فهو مجرد قوة تعسفية[3] .

---

(١) ذلك ان مصادر القانون الدولى عند جروسيوس ليست قاصرة على القانون الطبيعى بل تشمل كذلك القوانين السماوية والعرف ، ولذا نجده يقرر فى الفقرة الأولى من مقدمته — المرجع السابق — ص ١ — ما نصه **"Pour ce qui est du Droit qui a lieu entre plusieurs peuples ou entre les Conducteurs des Etats et qui est ou fondé sur la nature, ou établi par les lois Divines, ou introduit par les coutumes accompagnées d'une convention tacite des hommes.."** ويقصد جروسيوس بالقوانين السماوية القوانين المنزلة من السماء فى كتب مقدسة ، وهو لم يعرف منها سوى الانجيل والتوراة .

(٢) وهذا هو الذى دعى جروسيوس لأن يقول ان القانون كان سيوجد حتى ولو لم يوجد الإله — كوادرى ، المرجع السابق ، ص ٥٩٢

(٣) راجع **Descamps** — « القانون الدولى الجديد » — مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٣٠ جـ ١ ص ٤٣٣ ، وكذلك الرأى المعارض للقاضى **Shüking** فى منازعة **Oscar Chimm** مجموعة أ/ب رقم ٣٦ ص ١٤٩

أما اذا اكتسبت قواعد القانون الطبيعى الصفة الملزمة للقانون الوضعى فان صفتها كقانون طبيعى تنتهى الأمر الذى يعنى أن قواعد القانون الوضعى الصالحة كانت — من الناحية التاريخية — قواعد قانون طبيعى[1] .

والذى يبدو لنا أن بقاء فكرة القانون الطبيعى حتى وقتنا هذا ومقاومتها لما اعترضها من نقد واكتسابها أنصارا حتى هذا الزمن يرجع — من بين ما يرجع اليه من أسباب — الى أن العالم مرت عليه فى مختلف حقب التاريخ ظروف كانت تهىء دائما للاستفادة بفكرة القانون الطبيعى فى تحقيق هدف سياسى معين . ذلك أن فكرة القانون الطبيعى تضرب بجذورها الأولى فى الفكر الاغريقى القديم الذى ميز بين الطبيعة والأخلاق والدين ، ثم جددت الكنيسة هذه الحركة بتأكيد قوانين الضمير البشرى هادفة من وراء ذلك الى تبرير قيام قانون عالمى التطبيق يفرض على كل البشر تتخذ منه دعامة فى السيطرة على العالم فى محاولتها للوصول الى ذلك الهدف أثناء العصر الوسيط . ثم وجد فقه القانون الطبيعى سندا جديا فى الحركة التى تركزت بعصر النهضة والتى وضعت ثقتها فى العقل كوسيلة لبحث الطبيعة .

واذا كانت فكرة القانون الطبيعى قد لاقت قبولا وتحبيذا عند آباء القانون الدولى الأول بسبب نزعتهم اللاهوتية وتأثرا بالنزعة البابوية ، ثم استمرت مع عصر النهضة بوصفها نظرية تلجأ الى العقل وترتكز عليه ، فانها وجدت بعد ذلك دعامة جلبت لها الكثير من الأنصار ألا وهى فكرة

---

(١) جوجنهايم — المرجع السابق — ص ٧—٩ — ويذكر جوجنهايم بعض الأمثلة التى يستشهد بها أصحاب هذا الرأى ومنها حكم التحكيم الذى أصدره رئيس الاتحاد السويسرى أندريه لاشينال بتاريخ ٣٠ ١٢ ١٨٩٦ فى منازعة FABIANI بين فرنسا وفنزويلا حيث استعان الرئيس ببعض مبادىء من القانون الرومانى فيما يتعلق بالتعويض المباشر وغير المباشر ، وهى مبادىء لم تكن حتى ذلك التاريخ من بين قواعد القانون الدولى ، وانه باصدار حكم التحكيم وتنفيذه أصبحت قاعدة القانون الرومانى قاعدة دولية .

ويعلق جوجنهايم على ذلك : بأن هذه الأمثلة لا تعنى تطبيق قانون طبيعى لأن أساس صحة المبدأ الدولى ليس قاعدة دولية بل السلطات التقديرية التى يمنحها صك التحكيم للحكم بقصد حل اشكال غموض القانون .

السيادة وعلاقتها بفكرة القانون حيث كان على الفقهاء بعد أن انقسم العالم الى دول جديدة متحمسة لسيادتها أن يوضحوا كيف يمكن للدولة أن تلتزم بالقانون وهى تتمتع فى ذات الوقت بسيادة ، وهنا أسعفت فكرة القانون الطبيعى بعض هؤلاء الفقهاء بالجواب اللازم .

بل ان ظلال فكرة القانون الطبيعى لا زالت تنعكس على الضمير الدولى حتى وقتنا هذا ، ومن الأمثلة التى نسوقها فى هذا الخصوص نص المادة الخامسة من ميثاق الأمم المتحدة التى وصفت حق الدفاع الشرعى للدول بأنه حق طبيعى [١] .

على اننا اذا أردنا أن نقدر هذه الفكرة تقديرا موضوعيا ، فان أول ما يستوقف نظرنا هو التجاؤها الى الطبيعة فى النهاية لتستمد منها القواعد القانونية . ذلك أن مشكلة بحث مصادر القانون تعنى فى الواقع سبب التزامنا بالخضوع لأحكام القانون ، وتبعا لا نستطيع أن نجد حل هذه المشكلة فى تقرير الظواهر الطبيعية — أى الطبيعة — كما يستحيل أن نستنبط من هذه الظواهر الطبيعية قواعد قانونية ذات صفة عالمية حقة إذ اننا لا يمكننا أن نشبه قواعد القانون بغيرها من القواعد الطبيعية ، فالشمس والقمر مثلا يدور كل منهما فى فلكه بحسبان طبقا لقاعدة أبدية ملزمة ، فلا الشمس ينبغى لها أن تدرك القمر ولا الليل سابق النهار . أما منع قتل النفس التى حرم الله الا بالحق فقاعدة تنتهك كل يوم ولم يقص لنا التاريخ أن هذه القاعدة قد حكمت نشاط جماعة ما بطريقة الزامية لم يحيدوا عنها فكاكا بحيث كان من يبغى منهم قتل آخر لا يجد لديه المكنة على ذلك لسبب فى طبيعته . ومن ثم فاننا نؤيد ما لاحظه هوريو [٢] من تناقض بين القانون الذى هو فى حاجة الى حرية للاعراب عن نفسه وبين علم الطبيعة الذى يقوم على التحديد والجبرية .

---

(١) يرى الدكتور غانم — المرجع السابق ص ٥٢ — ان السر فى محاولة احياء القانون الطبيعى هو رغبة بعض الفقهاء فى الاستناد عليه لمهاجمة بعض المعاهدات والاتفاقيات بدعوى أنها تخالف القانون الطبيعى .

(٢) Huriou — Précis de droit constitutionnel, 1929.

ومادام أن القانون يتضمن عنصر الحرية وهو بحسب تعريفه قابل للانتهاك ، فاننا لا نستطيع أن نقول إن هناك قواعد أبدية ملزمة يولد الطفل وهى مستقرة فى ضميره . وانما قد يكون أقرب الى الصحة أن نقول : انه بسبب العقل الذى يتزود به الانسان فان من الممكن أن يتصور هذا العقل فكرة العدالة على ذات النحو اذا تماثلت الظروف تماما ، فلو حصل هذا التماثل فى أكثر من مكان شمل التصور المتماثل هذه الأمكنة ، واذا استمر التماثل فترة من الزمن استمر كذلك التصور المتماثل لذات الفترة .

وقد كان لهذا النقد صداه عند بعض الفقهاء المناصرين لفكرة القانون الطبيعى ، فقالوا بأن القانون الطبيعى لا يقتصر على مجموعة القواعد الأبدية العالمية ، وانما يحوى كذلك قواعد يمكن أن تتغير بتغير الزمان والمكان ، أى أن هناك قانونا طبيعيا أوليا هو القانون الطبيعى العالمى الخالد وقانونا طبيعيا ثانويا يستنبط من القانون الطبيعى الأولى على هدى من ظروف الزمان والمكان .

وهذا القول يعنى أن القانون الطبيعى الثانوى لا يعدو فى الواقع أن يكون قانونا طبيعيا وضعيا — ان جاز استعمال التعبير — وهو قول يقوض نظرية القانون الطبيعى من أساسها بدلا من أن يرمم صدعها لأن الفكرة الجوهرية فى القانون الطبيعى هى انه قانون أبدى مفترض ، فان نحن جردنا النظرية من هذه الفكرة فقدت بذلك معالمها .

كذلك التجأ أنصار مذهب القانون الطبيعى الى العقل لا بوصفه ظاهرة نفسانية وانما كوسيلة يمكن عن طريقها أن يهتدى الانسان الى قواعد القانون من الطبيعة ثم ينضم اليها بحرية ورضاء . والذى نلاحظه على هذا القول أنه ينزلق بمذهب القانون الطبيعى الى ناحية الفكرة الوضعية ذلك ان العقل والحرية يفترضان دائما فكرة الارادة والرضاء الذى يقبل ما هو معقول ، فكأن مذهب القانون الطبيعى يقر بهذا — سواء عن طريق مباشر أو غير مباشر — فكرة ارادة فعالة صريحة أو ضمنية ، وعندئذ نجد ملامح المذهب الوضعى وقد ارتسمت على فكرة مذهب القانون الطبيعى .

أما اذا فهمنا القانون الطبيعى على انه قانون مثالى أى نموذج أعلى لما يجب أن يكون عليه القانون فان القانون الطبيعى – على هذا المعنى – لا يستحق أن نوليه أهمية عند دراسة مصادر القانون ، لأننا فى دراسة كهذه انما نهتم بما هو كائن ونناقش صلاحية وفعالية ولزوم القانون القائم ، أما ما يجب أن يكون فيد خل فى نطاق الدراسات الفلسفية التى تعنى بتدقيق السياسة القانونية وتطور القانون [1] . ولعل هذا هو الذى حدا ببعض الفقهاء الى القول بأن القانون الطبيعى يخرج عن نطاق القانون بالمعنى الدقيق [2] . ثم ان الاستناد الى هذه المثالية لوضع القانون الطبيعى فى مرتبة تسمو على القانون الوضعى لا يفسر نواحى مما جرى عليه العمل الدولى ، ومن ذلك الحالات التى يعتمد فيها حكم القاضى أو القرار الذى له صفة التشريع على اعتبارات سياسية أى ان القاعدة المطبقة لا يكون لها أساس صلاحية فى القانون الطبيعى .

كما يعاب على الفريق من فقهاء القانون الطبيعى الذين تصوروا هذا القانون كمبادىء أخلاق دولية أن تصورهم قد ينتهى الى عكس ما يريدون فيهدم أساس القانون الدولى بدلا من أن يبرر وجود ذلك القانون[3]. وتوضيح ذلك انهم اذ يجعلون الأخلاق هى مصدر القانون يسمحون للمذهب الذى يرى أن قواعد الأخلاق ليست لها صفة ملزمة بأن يصف قواعد القانون الدولى كذلك بأنها غير ملزمة .

ثم ان الواقع ان كلا من القانون والأخلاق له نطاق يتميز عن الآخر من عدة نواح يمكن أن نجمع أهمها فيما يلى :

١ – موضوع قاعدة الأخلاق وقائع نفسانية خالصة ، أما القانون فموضوعه اجمالا هو السلوك الخارجى .

---

(١) كوادرى – المرجع السابق – ص ٥٨٩ – ٥٩٠

(٢) الدكتور غانم – المرجع السابق – ص ٥٢

(٣) قارن الرأى المنقد الذى أبداه Nys فى كتابه " القانون الدولى " جـ ١ – بروكسل ص ٢ اذ ميز بين الأخلاق والسلوك ethique وقال ان الأخلاق والقانون يدخلان فى السلوك علم الخير .

٢ — الجزاء الأخلاقى له صفة داخلية مثل تأنيب الضمير ، أما الجزاء القانونى فذو صفة خارجية .

وتبعا اذا استندت القوة الملزمة للقانون الى التزام ذى طبيعة أخلاقية لما كان هناك معنى لأن نسمح بجزاءات خارجية لحماية القاعدة القانونية مادام ان الالتزام الأخلاقى يكفى لضمان احترام القانون . أما ونحن نلجأ الى جزاءات خارجية عند تطبيق القواعد القانونية فان هذا يعنى لزاما أن الجزاءات الأخلاقية الداخلية غير كافية . ولا يفوتنا أن نوضح من ناحية أخرى أن نظرية القانون الطبيعى اذ تنادى بأن القانون الوضعى انما ينبع من القانون الطبيعى لا تتفق فى هذا القول مع واقع التجربة القانونية وما يسير عليه غالب العمل الدولى .

صحيح أننا قد نجد اشارة الى القانون الطبيعى فى بعض المذكرات الدبلوماسية أو التصريحات السياسية ، ولكن العمل يورى انه من الصعب الحصول على كسب قانونى استنادا الى فكرة القانون الطبيعى . ونسوق تأكيدا لذلك بعض أمثلة من واقع الحياة الدولية .

فى سنة ١٨٢٤ ، أعلن الرئيس الأمريكى آدمز أن سكان منطقة البحيرات لهم حق طبيعى فى الاتصال بالمحيط عن طريق الممر المائى الوحيد — سان لوران — ولكن بريطانيا عارضت ذلك فاضطرت الولايات المتحدة الأمريكية الى أن تعقد معها معاهدة سنة ١٨٥٤ الأمر الذى يعنى أن اتصال السكان بالمحيط حصل بناء على امتياز اتفاقى ، أى بناء على امتياز يمكن الرجوع فيه وليس طبقا لحق طبيعى أبدى ملزم .

كذلك قرر رئيس القضاة مارشال فى قضية The Antelope — بعد أن أورد أن الرق يخالف القانون الطبيعى لأن لكل انسان حقا طبيعيا فى ثمار عمله — قرر مع ذلك أن العادة المشتركة لا يمكن أن تعتبر مخالفة لقانون الشعوب لأن العادات العامة تعتبر عماد ذلك القانون [1] .

---

[1] لاحظ Siotto Pintor بحق أن أمريكا أكثر البلاد التجاء الى القانون الطبيعى — راجع مقاله عن النظام الدولى فى الأسكوت — مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٢٨ — ج ١ — ص ٣١٠

(ثانيا) نظريات أخرى :

ليست النظريات التى عرضناها فيما سلف هى كل النظريات التى قالت بمصدر طبيعى كأساس للقانون الدولى ، بل هناك نظريات عديدة يمكن أن ندرجها تحت هذا العنوان .

فهناك مثلا نظرية جاريس Gareis الذى يعرف القانون الدولى بأنه نظام يقوم على الضرورة طبقا للعقل ، أى أنه يجعل من سلطة الضرورة مصدرا لقواعد السلوك الدولى ، ولا تقوم الضرورة عند جاريس الا فى علاقتها بهدف معين يكون هو الفيصل أى أن الضرورة ذات خاصية من النسبية تسمح لكل فقيه بأن يعرضها بطريقة مختلفة (١) .

كذلك هناك نظرية رومانو Romano الذى يقول بوجود قواعد جوهرية أو دستورية توجد بوجود الجماعة الدولية ولا يمكن فصلها عنها .

وقد أراد أصحاب النظريتين السالفتين أن يعارضا نظرية القانون الطبيعى ولكنهما فى الحقيقة لم يخرجا عن نطاق مدارس المصدر الطبيعى اذ يعتمدان على العقل فى التعرف على القواعد القانونية ، وهذا كما مر بنا هو ركيزة الأفكار الطبيعية .

ولا نرى داعيا للوقوف طويلا عند هذه النظريات وأمثالها حتى لا يطول بنا العرض ويتشعب البحث على نحو قد يضعف من وحدة الفكرة التى نهتم ببحثها ، ولذا نقصر عنايتنا فى استكمال دراسة مدارس المصدر الطبيعى على عرض آراء المدرستين البارزتين وهما :

(ا) مدرسة الخير المشترك .

(ب) المدرسة الاجتماعية .

---

(١) كوادرى — المرجع السابق — ص ٦٠٢

(٢) Romano — Corso di diritto internazionale — Padova, 1939.

مدرسة الخير المشترك :

لم يكن لوفر الفقيه الوحيد الذى أسس القانون على فكرة الخير المشترك بل هناك فقهاء آخرون غيره تبنوا هذه الفكرة مثل Delos (١) الذى عرف القانون الدولى العام بأنه تجميع تعاونى لنظم قومية تزود بها الحضارة . ومنهم أيضا مارك رجلاد (٢) الذى يقول بأن الخير هو فكرة أولية لعقل عملى وأن القانون عقل وعدالة اذ بدون العقل الذى يبحث عن الخير لا يكون عندنا أى ضمان ، ونكون معرضين لتأنيب الضمير والمشاعر الشخصية ، ويلجأ رجلاد الى فكرة الخير المشترك ليقيم عليها أساس القانون .

الا أن لوفر هو الفقيه اللامع فى هذا المضمار بسبب ما قدمه من بحث مفصل فى الموضوع ، ولذا رأينا أن نختاره نموذجا للفقهاء الذين قالوا بفكرة الخير المشترك كأساس للقانون الدولى العام .

يرى لوفر ان الانسان كائن اجتماعى ذو عقل (٣) وأن العقل هو الخاصية التى تميز الانسان عن غيره من الكائنات التى تعيش فى جماعات ، وعن طريق هذا العقل نهتدى الى أفكار الخير والعدل والجمال والحقيقة ، تماما كما نهتدى عن طريق حواسنا الى اللمس والشم والبصر .

وطبيعى — مادام الانسان كائنا اجتماعيا — أن يتناول القانون علاقات الانسان بغيره لصالح الجماعة والمصلحة العامة ، ومن ثم فان الخير المشترك — أى خير الجماعة كلها — هو هدف القانون الدولى . والقانون الوضعى ليس الا وسيلة لتحقيق هذه الغاية بوصف أن هذا القانون يضع فى اعتباره

---

(١) Delos : La communauté internationale et les principes du droit international public — Paris, 1929 2e. édition (1950).

(٢) Marc Réglade — Théorie générale du droit dans l'oeuvre de Duguit.
أرشيف الفلسفة القانون وعلم الاجتماع القانونى (٢ — ٢) سنة ١٩٣٢

(٣) لا يقصر لوفر العقل على المنطق فحسب ، وانما يعنى به الذكاء البشرى من كافة زواياه بما فى ذلك المنطق الطبيعى والروحى - Le Fur — Règles Générales du Droit de la Paix - Sirey 1936 - pp. 174,175

شيئا آخر — عدا الأخلاق — هو المصالح الاقتصادية على وجه الخصوص . وبهذا المفهوم فان الانسان يكتشف القواعد القانونية — كالقواعد الأخلاقية — بواسطة عقله لأن الأخلاق والقانون كامنان فينا . والقانون ليس الا وسيلة تحقيق الخير المشترك عن طريق تحقيق العدالة ، أو بمعنى آخر فان القانون هو التوفيق بين النزاهة والمنفعة (١) .

والقانون الحقيقى عند لوفر هو نتاج عنصرين(٢) :

١ — موضوع خاص هو الذى يزود بأساس قاعدة القانون ، وفى رأى لوفر أن القانون الطبيعى هو المادة التى تزود القانون الوضعى بالأساس لأن القانون الوضعى لا يعمل سوى تحديد القانون الطبيعى عن طريق اصداره واضافة الجزاء اليه .

وقد جمع لوفر فحوى القانون الطبيعى فى ثلاثة مبادىء هى : الالتزام باحترام ما يبرم من ارتباطات ، وتعويض الضرر الذى يتسبب بدون وجه حق ، واحترام السلطة التى تسيطر على نظام الجماعة فى الداخل والخارج .

٢ — جزاء وضعى يعطى للقانون شكله كقاعدة وضعية ، والالتجاء الى الجزاء الخارجى هدفه — عند لوفر — هو جعل مضمون القاعدة الأخلاقية ملزما .

ولكن نظرية لوفر لم تسلم من نقد .

وأول ما نلاحظه على مذهب لوفر انه وان كان قد اعتبر أن أساس القانون يوجد فى الطبيعة وأن الانسان يستطيع أن يتوصل عن طريق ذكائه الى بعض قواعد قانونية قليلة العدد تفرض على كل كائن متمدين ، الا أنه علق الصفة الملزمة للقاعدة القانونية على الجزاء ، فقال بأن القاعدة القانونية تظل ملزمة ولو خالف مضمونها فحوى القانون الطبيعى مادام أنها

---

(١) Le Fur — La théorie générale du droit naturel depuis le XVIIIe.siècle et la doctrine moderne — les grands problèmes du droit.
مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٣٧ ص ١٧٠ وما بعدها .

(٢) لوفر — القواعد العامة — المرجع السابق — ص ١٧٤

مزودة بجزاء . ومعنى هذا أن عنصرى القانون اللذين قال بهما لوفر — وهما المادة والشكل أو الأساس والجزاء — ليسا الا مجرد تعبير فحسب لأن القانون الكامل أو الحقيقى هو الذى يتفق فحواه مع القانون الطبيعى .

ثم ان لوفر قد استعمل تعبيرين غامضين هما «خير» و « مشترك » ، ولذا فاننا نتساءل بأى معنى نفهم هذا الخير المشترك الذى اعتبره لوفر هدف القانون وقال بأن الانسان يتغياه طبيعيا .

يقول لوفر ان الخير المشترك هو المصلحة العامة للجماعة ، وبتعبير آخر ما هو لازم لحفظ الجماعة وتطورها المادى والذهنى والأخلاق . ولكننا نلاحظ على هذا القول ان لكل جماعة قانونها الخاص ، فهل نفهم من قول لوفر السابق أن القانون الدولى انما يحمى وجود وتطور هذه الجماعة ، وهذا يعنى أن القانون الدولى يقوم بذات الدور الذى يقوم به القانون الداخلى للجماعة . ان صح هذا الفهم فاننا نأخذ عليه أن الجماعة الدولية قد تتبع خيرا مشتركا خاصا تحركه الأنانية القومية ، وهى حقيقة كثيرا ما تدفعنا الى الشك فى وجود هذه الجماعة كحقيقة طبيعية [1] فكيف نقول مع هذه الحقيقة بأن القانون يحمى وجود وتطور الجماعة ؟

قد يرد على هذا الانتقاد بأن الخير هو المصلحة المشروعة ، وتبعا فاننا نختار من بين المصالح المتضاربة التى قد تتعاصر المصلحة المشروعة . فاللص مثلا له مصلحة فى أن يحتاز المسروق ، ولكن القانون الدولى والعدل لا يقران هذه المصلحة ، واذن فمصلحة اللص ليست مصلحة مشروعة أى أنها لا تحقق خيرا مشتركا . ولكن هذا القول يستبعد فى الحقيقة فكرة المصلحة وكذلك فكرة الخير المشترك ويعتمد أساسا على فكرة العدالة وهى فكرة تختلف اختلافا جوهريا عن المصلحة الأمر الذى ينتهى الى القول بأننا انما نفكر فى العدالة عند ما نتكلم عن القانون الطبيعى [2] .

---

(١) الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف — القانون الدولى العام — طبعة سنة ١٩٥٩ — ص ٧٩

(٢) J. S. Reeves — La communauté internationale.
مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٢٤ ص ٧٦١

واذا كان الأمر كذلك وجب أن نبحث عن التزاماتنا وحقوقنا فى العدالة العقلية ، فهذه العدالة هى المعيار الذى نقيس به — فى كل حالة انفرادية — ما هو عادل وما ليس عادلا على أن نضع فى اعتبارنا كل الوقائع بما فى ذلك النظام الاجتماعى ذاته كما يقيمه القانون الوضعى ..

وعلى هذا نقول ان هدف العدالة ليس هو الخير المشترك — أى المصالح التى تقوم فى الواقع فى طبيعة الناس — لأن الصالح المشترك هو نتيجة لتحقيق القانون وليس الغاية التى يستهدفها القانون مباشرة .

ان القانون — على خلاف ما يذهب اليه لوفر — انما يقضى فى المصالح ويتخذها موضوعا للتقدير ولا يثبتها الا حيث تبدو أنها عقلية عادلة ، فهدف القانون الوضعى اذن هو العدالة العقلية (1) .

واذ أننا انتهينا الى أن القانون انما يتغيا العدالة العقلية فمنطقى أن نبحث عن هذا العقل عند الخبرة وليس عند الدهماء . الا أن قولنا هذا لا يعنى أن نجرد القانون أو العدالة عن عقيدة من يخاطبهم ، بل يجب — على العكس — أن يضع القانون فى اعتباره كل الظروف الواقعية التى سيطبق فيها وذلك على هدى من عقيدة وعقلية من يخاطبهم بأحكامه لأن المخاطبين بأحكام القانون — بحسب تعريفهم ذاته — يجب أن يكونوا أشخاصا أحرارا بعقولهم ، فاذا فرض القانون عليهم ما لا يعتقدون أنه عادل فانه يكون قانونا غير عادل . ونظرا لأنه من المتعذر أن يتفهم كل مخاطب بالقانون جميع أحكام القانون الوضعى ، فان علينا أن نقنع هؤلاء المخاطبين — اذا لم يكونوا قادرين على تفهم الأحكام — علينا أن نقنعهم بأنه من العدل أن يخضعوا لهذه الأحكام ، لأن القانون بدون ذلك الاقناع يتخذ مظهر القوة العمياء القاسية .

وينتهى بنا ما أسلفناه الى تحديد المقصود من قول لوفر عن العدالة المعقولة للانسان بأن المسألة تتعلق بالوسيلة العقلية التى يستعملها كل كائن حر

---

(1) جوفارا — المرجع السابق — ص ٥١١

للتمييز بين العدل وغير العدل . وفكرة العدالة على هذا النحو ليست حقيقة طبيعية يمكن تحقيقها ببساطه ، وانما هى على العكس لا تكتشف الا بالتفكير ولا تعدو أن تكون معيارا عقليا .

وهكذا نصل الى نتيجة تبعد عن الطبيعة فى المعنى الذى قالت به المدرسة التقليدية للقانون الطبيعى والذى فسرت به أساس القانون فى نظرها .

المدارس الاجتماعية :

أول المدارس الاجتماعية وأشهرها هى مدرسة التضامن الاجتماعى التى تقترن باسم العميد ديجى بوصفه أول من وضع أسسها (١) .

وكان الهدف الذى يرمى ديجى الى تحقيقه من وراء نظريته هو استبعاد القوة كمصدر للقانون (٢) بعد أن سيطر على عصره مذهب السيادة وما يستتبع تقديس ذلك المذهب من اشاعة عنصر القوة فى العلاقات القانونية .

ولذا أنكر ديجى فكرة الحق مبررا ذلك بأن الحق يعنى سيطرة ارادة على ارادة أخرى فى حين أن القانون الوضعى لا يولد الا مراكز قانونية موضوعية objectifs أو شخصية subjectifs ، وأحل محل الحق ما أسماه بسلطة الممارسة الشرعية لرخصة . وقد ساعده ذلك على انكار وصف الحق على السيادة بل وانكار فكرة سيادة الدولة ووصفها بأنها حدث اجتماعى fait social قامت كنتيجة للتضامن الاجتماعى وذلك لتصون هذا التضامن وتعمل على اضطراده .

كما استبعد ديجى فكرة الشخصية القانونية وان كان قد أظهرها فيما بعد تحت اسم أكثر تعقيدا هو السلطة الشخصية المطابقة للقانون . وعلى أساس استبعاد الشخصية القانونية أنكر وجود الدولة كشخص قانونى ، فعنده لا يوجد الا أفراد ولكنهم ليسوا أشخاصا للقانون .

---

(١) Duguit - Traité de droit constitutionnel, ed. 1921

(٢) Ch. de Visscher-Theories et réalités en droit international public, 1953, p. 86.

وقد تابع ديجى نظريته ، فذهب الى أن قاعدة القانون انما تولد من واقعة التضامن الاجتماعى أو الترابط بين الناس . وكما ينشأ القانون نتيجة للتضامن بين الأفراد ينشأ القانون الدولى نتيجة للتضامن بين الدول الأعضاء فى المجتمع الدولى . ومعنى هذا أن ديجى لا يفصل بين القانون والمجتمع ، فحيثما وجد مجتمع وجد قانون هو وليد ذلك المجتمع (١) .

وتولد قاعدة القانون عند ديجى على مرحلتين : فهى تبدأ أولا كقاعدة أخلاقية ، ثم تصبح قاعدة قانونية عند ما يرى أفراد المجتمع أن احترام هذه القاعدة لازم لحسن سير حياة الجماعة وأنها يجب أن تزود تبعا بجزاء وضعى ، لأن الجزاء فى رأى ديجى هو مميز القانون .

ولذلك لم يفرق ديجى بين الحكام والمحكومين ، فذهب الى أن القاعدة القانونية تفرض على الدول ـ أو حسب رأيه على الحكام ـ احترام التضامن كالأفراد ، كما تفرض عليها كذلك أن تضع ما لديها من قوة فى خدمة الجزاءات المقررة لقواعد القانون الوضعى لأن هذه الوسيلة ـ كما أسلفنا ـ هى الوسيلة الوحيدة لتزويد القانون بأساس متين حسبما يرى ديجى (٢) .

ويصف ديجى نظرته هذه بأنها نظرة موضوعية فى جوهرها (٣) لأنها لا تولد قاعدة القانون من ارادة الحكام ، وانما من واقعة تسبق

(١) الدكتور غانم ـ المرجع السابق ـ ص ٥٣

(٢) ذهب ديجى ـ مسايرا منطقه فى التضامن ـ الى الاقرار بحق التدخل لاحترام القانون ولكنه قصر هذا الحق على الدول الكبيرة ، وهى فكرة خطرة وترديد لمذهب مونرو ومن قبله معاهدات فينا والتحالف المقدس .

(٣) أورد الدكتور أبو هيف ـ المرجع السابق ، ص ٨٠ ـ نظرية الحدث الاجتماعى على انها احدى نظريات المذهب الوضعى ، والأستاذ الدكتور يساير فى ذلك نظرته فى التفرقة بين أساس وجود القاعدة القانونية وأساس الزام القاعدة القانونية ، كما يتفق مع غالبية الفقهاء الذين ينظرون الى مذهب ديجى هذه النظرية . أما نحن فلا نأخذ بتلك التفرقة ، كما اننا نحب أن ننبه الى أن تعبير « مدرسة القانون الطبيعى » يختلف عن تعبير « مدارس المصدر الطبيعى » وكذا تعبير « المدارس الوضعية » يختلف عن تعبير « مدارس المصدر الوضعى » كما سبق أن أوضحنا .

هذه الارادة وتعلق عليها هى واقعة التضامن الاجتماعى التى أضاف اليها بأن القاعدة القانونية لا يمكن أن يكون انتهاكا محل جزاء الا اذا خالف فى ذات الوقت واقعة التضامن والشعور بالعدالة معا . ولذا قال بأنه لم يكن هناك قانون دولى خلال الفترة التى لم تعرف فيها الدول علاقات التضامن(١) . والواقع ان تقدير نظرية ديجى أمر من الدقة بمكان لأن الحقيقة والخطأ فيها يختلطان(٢) فالنظرية صادقة فيما قررته من صفة اجتماعية للانسان الأمر الذى دعا صاحبها لأن يعطى لتضامن الناس وترابطهم تلك الأهمية الكبرى .

ثم أننا يجب ألا ننكر الفائدة التى تقدمها للقاضى لأن استقرار التضامن يأتى عن طريق دراسة الأصول التاريخية ، ومثل تلك الأصول تعين القاضى على تحديد معنى القواعد المطبقة فعلا(٣) ، ومثال ذلك الأسباب السياسية التى دعت الأمم المتحدة الى التدخل فى الحرب الكورية فقد كانت هذه الأسباب أهم من بحث مشروعية أو تفسير اجراءات التدخل فى توضيح معنى بعض نصوص ميثاق الأمم المتحدة .

ولكننا نأخذ على النظرية عدة مآخذ . ذلك أننا لو قلنا مع ديجى بأن القانون يختلط بالعقيدة فى واقعة اجتماعية هى التضامن كان من الصعب أن نستمد من مجرد الوجود الاجتماعى لهذا القانون فكرة الالتزام اذ فرق بين القانون وبين الوقائع ذات القيمة العلمية . فالوقائع ذات القيمة العلمية

---

(١) يذهب شارل دى فيشر – المرجع السابق ص ٣٤٦–٣٨٦ – الى أن شعور العدالة والتضامن الاجتماعى الذى هو أساس كل قاعدة قانونية لا يمكن أن يولد الا فى الضمائر الفردية ولكنه يفترق عن ديجى فى انه يرى أن الأصل الفردى للقواعد القانونية الدولية لا يعنى مطلقا أن يقتصر تطبيق هذه القواعد على الأفراد ، فاذا أحس الناس بضرورة تطبيق بعض القواعد فى العلاقات المتبادلة للجماعات التى ينتمون اليها فان المصلحة التى تهمهم ويبحثون عن حمايتها ليست فردية الا بطريق غير مباشرة فهى فى جوهرها مصالح جماعية ، ولذا فان فيشر لا يقدر أهميتها فى النطاق الفردى وانما فى النطاق الجماعى ، فأساس القاعدة هنا هو فى الضمير الذى لدى الأفراد عن الوحدة التى تربط الجماعات وليس كما تصور ديجى فى الشعور بالوحدة مباشرة .

(٢) لوفر – القواعد العامة ، المرجع السابق – ص ٨٠ ، ٨٧

(٣) Paul Guggenheim - Relations internationales et droit international public, 1939, t. I, p. 445 et s.

تقرر الحقائق ولا تأمر بها ، فعالم الطبيعة مثلا عند ما يقول ان الضوء يسير بسرعة معينة ، انما يقرر واقعة علمية ذات صفة كاشفة ولكنه لا يأمر بها ، كما أن هذه القاعدة كذلك ليست آمرة فيما يتعلق بسرعة الضوء ، أما القانون فليس واقعة خالصة بل يتكون لزاما من عنصر تقدير عقلى . ومن ثم يكون من القصور أن نقول إن واقعة التضامن الاجتماعى تخلق القانون وتفسر قوته الملزمة لأننا بذلك نستند الى الوقائع فحسب فى تفسير الأساس الملزم للقانون ولا ندعم تلك الوقائع بالعنصر العقلى .

وقد أراد ديجى أن يرد على هذا النقد فأضاف الى فكرة التضامن فكرة الشعور العام بالتضامن والعدالة كما قلنا . ولكن ديجى قصد بذلك مجرد الشعور فحسب ولم يلجأ الى فكرة موضوعية مستقلة عن الارادة الحرة للانسان لأنه كان على ما يبدو لا يقيم وزنا للعقل البشرى على الأقل من ناحية شعوره بالعدالة والتضامن . وقد عنى ديجى بذلك الشعور شعور مجموع الأفراد وليس غالبيتهم بمعنى أنه يلجأ الى شعور جميع الأفراد الذين يحيون فى المجتمع الأمر الذى يدعونا الى التساؤل عن طبيعة هذا الشعور المشترك العام ، هل قصد به ضميرا جماعيا متميزا عن ضمير كل فرد فى الجماعة ، أم قصد به المجموع العددى لضمائر أفراد المجتمع ؟

اذا قلنا ان المقصود هو الالتجاء الى ضمير جماعى له ذاتية تميزه عن ضمائر الأفراد فانه يكون وهما لأنه لا يوجد ضمير جماعى فى الحقيقة بهذا المعنى . واذا قصدنا بالضمير المشترك مجرد واقعة اجتماعية تتكرر فى مختلف الضمائر وتبعا تتعدد بتعدد الضمائر فان هذا التصور يمكن أن يقود الى تحكم الغوغاء باعتبارهم الأغلبية الساحقة .

ومن ثم ، فسواء نظرنا الى الضمير المشترك على أنه معنى عقلى لفكرة أو على أنه مجموع عددى لضمائر الأفراد المكونين للمجتمع نجد أن الأساس الذى يقيم ديجى نظريته عليه أساس مشكوك فيه ولا يعدو أن يكون

فى مجموعه عودا الى الفكرة القديمة عن الطبيعة[1] ، رغم أن نظرية ديجى ثمرة منهج عقلى خالص .

كذلك يبدو أن ديجى لم يقدر الأثر الخطير الذى يترتب على مناهضته لفكرتى الشخصية القانونية والحق عموما ، ذلك أنه فى الوقت الذى أقام فيه ديجى نظريته على التضامن الاجتماعى فانه بانكاره للشخصية القانونية والحق يعرض حريات أفراد المجتمع للخطر لأن فكرته تقود بسهولة الى التضحية بالدولة كنظام وتبعا بالقيم البشرية التى تقوم الدولة على حمايتها .

وقد تابع جاستون جيز [2] خطى ديجى مقترحا أن نتبع طريقة واقعية دقيقة تقوم على ملاحظة البيئة الاجتماعية ، ولذلك فرق بين سلطة القانون pouvoir de droit التى هى سلطة قانون وضعى تفرض على المشرع نفسه ، وبين سلطة الواقع pouvoir de fait .

ونظرا لأن سلطة القانون تخضع المشرع لقانون علوى يأخذ ظروف البيئة فى اعتباره ويخضع المشرع لهذا القانون الأعلى ولو لم يتوافر لذلك القانون العلوى جزاء منتظم لأن عدم وجود جزاء منظم لا يلغى مطلقا قوته الملزمة واحترامه ، وعلى أساس التفرقة بين سلطة القانون وسلطة الواقع ، فان المشرع لا يملك أن يغير المراكز الفردية فى رأى جيز . وقد ذهب جيز الى أن قانون بلد ما هو مجموعة القواعد التى تطبق فعلا فى هذا البلد فى وقت معين .

وأول ما يسترعى الاهتمام فى نظرية جيز هو فكرة فعالية القانون [3] أى تطبيق القانون فعلا ، الا أنه بالغ فى الأخذ بفكرة الفعالية فاعتبرها

---

(١) قارن نارك رجلاد — المرجع السابق — وكذلك
N. Politis - L' influence de la doctrine de Léon Duguit sur le developement de droit international. أرشيف فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانونى (١ — ٢) سنة ١٩٣٢

(٢) Jése - Les Principes du droit administratif, t. I, 36. éd. 1925

(٣) جوفارا — المرجع السابق — ص ٢٢

المعيار الوحيد للقانون ، بمعنى أن كل نظام يطبق فعلا يمكن أن يوصف بأنه قانون سواء صدر عن جهاز مختص نظاما أو عن عصابة مغتصبين ، وهذا قول يعادل بين القوة والقانون ولا يفرق بين التصرف المشروع والتصرف التحكمى (١) .

كذلك يؤخذ على رأى جيز :

(أولا) انه اذ يخضع المشرع لسلطة قانون أعلا ، انما يردد الفكرة القديمة لمدرسة القانون الطبيعى التى أسلفنا ذكرها والتى تجعل للقانون الطبيعى علويته بالنسبة للقانون الوضعى وهى فكرة تريد المدرسة الحديثة استبعادها بأى ثمن .

(ثانيا) أن المراكز الفردية على النحو الذى فهمها به جيز لا تكفى لتأكيد احترام هذا القانون ، ذلك أن كل مركز فردى ليس له أى معنى اجتماعى عملى الا اذا وجد مركز عام يحميه ، فاذا كان للمشرع حق تغيير المراكز العامة فان هذا يؤدى عملا الى عدم بقاء شىء لمن يعنيه المركز الفردى . وتبعا لذلك فان المشرع يتمتع — من حيث الواقع — بسلطة مطلقة . ولذلك نعود فنكرر ما سبق أن قلناه من أن خير تحديد لسلطة المشرع نفسه لا يتأتى الا عن طريق العدالة العقلية ، أما الالتجاء الى أية فكرة أخرى فيهدد القانون بالخطر بدلا من تأكيده كما تريد المدرسة الحديثة وغيرها من المدارس التى تعالج مصادر القانون .

ومن الفقهاء الذين أكدوا فى مهارة وعبقرية فكرة ديجى فى النطاق الدولى الفقيه اليونانى بولتس (٢) . فقد ذهب هو أيضا الى أن التضامن والترابط هو أساس القانون ، ولكنه حاول أن يسد الثغرة التى ينفذ منها النقد الى نظرية ديجى وهى ان القانون ليس مجرد واقعة ، فقال : ان واقعة

---

(١) جوجنهايم — العلاقات الدولية ، المرجع السابق — ص ٢٢

(٢) راجع : N. Politis — 1. La justice internationale, 1924.

2. Les nouvelles tendances du droit international, 1927.

3. L' influence de la doctrine de Léon Duguit.

التضامن تصبح واعية conscient عند ما تستشر الشعور بالتضامن وعندئذ تكتسب صفة الالزام . وأضاف بولتس أننا اذا لم نبحث عن القانون فى الضمير فلن نجد له مصدرا فى أى مكان آخر متسائلا ماذا تكون العدالة ان لم تكن هى ما نحس به .

وهذا التفسير — فى رأى بولتس — هو الذى يعلل بطلان قواعد القانون الوضعى اذا ما عارضت الأفكار التى نحسها بشعورنا وضميرنا .

وينعى بولتس على مدرسة القانون الطبيعى التقليدية أنها تخلط الأخلاق بالقانون فى حين أن القانون وحده هو الملزم ، وأنها تلجأ الى عقل موضوعى لا وجود له فى الحقيقة لأنه متغير ولا يمكن أن يتصف بالثبات .

ولكن يعاب على رأى بولتس ما سبق أن عبناه على رأى ديجى . فهو لم ينجح فى تفادى النقد القائم على أن التضامن الاجتماعى كمجرد واقعة لا يمكن أن يفسر الأساس الملزم للقانون ، وأن ما يقر فى الضمير هو أفكار قد تكون مضللة أو منتقدة ، ومن ثم فلابد من مراقبتها مراقبة فعلية . ونحن لا نقصد بهذه المراقبة أن تكون مجرد تحقيق بعض الوقائع ، وانما نقصد تحقيق واجبات وحقوق كل شخص .

ولعل أبرز الفقهاء الذين حاولوا عرض نظرية ديجى فى ثوب جديد هو الفقيه الفرنسى جورج سيل (١) الذى وقف من السيادة المطلقة ذات موقف المعارضة الذى سبق أن اتخذه ديجى منها وأقر بأن الواقعة الاجتماعية تخلق التضامن ، ولكنه أردف ذلك بأنه تضامن مضطرب وغير دقيق فى النطاق الدولى . ولذا ذهب الى أن هذا التضامن ترجمه ضرورة أعمق هى الضرورة البيولوجية للبقاء التى تعتبر أساس القانون الوضعى . ومعنى

---

(١) راجع : George Scelle - 1. Précis de droit des gens, principes systémat — — iques, 1932.

2. La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens.

أرشيف فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانونى (١ — ٢) سنة ١٩٣٢

هذا أن جورج سيل اعتبر أن البيولوجية هى مصدر القانون ولذا أسماها البيولوجية الانسانية بوصف أن الانسان كائن عاقل ذو أخلاق ويلتزم بالقوانين التى تعد عند ديجى جزءا من الطبيعة .

وبهذا المعنى فهم سيل القانون الطبيعى على أنه طبيعى بيولوجى ، لأنه سابق على القبول ويسمو عليه بل وعلى كل ضمير ، ويمكن أن يقوم ولو لم يتوافر له الجزاء .

وطبيعى اذا كانت هذه هى فكرة سيل أن يستبعد الفكرة الارادية للقانون لأنها فى رأيه حلقة مفرغة ، ولذلك ربط صلاحية القانون الوضعى بمطابقته للقانون الموضوعى بوصف أن القانون الموضوعى هو القانون القواعدى أو السببى causal ، أى القانون الذى يتضمن القواعد الأساسية وعنه يتسبب القانون الوضعى . وهذا هو ما يسميه جورج سيل بالفرض اللازم .

ولكن أين يجد سيل قانونه الموضوعى ؟

انه يعتمد على ما أسماه الحقيقة العلمية فى موضوع القانون ، وباسم هذه الحقيقة يحيل الى الجماعة الدولية عديدا من حالات الاختصاص التقديرى للدول ، ويقول : ان بعض العقبات الجماعية قد تعوق تطور القانون الدولى ولكن الأمر يتعلق أولا بالبقاء ثم يأتى بعد ذلك التقدم ، أى أن سيل يضع الفائدة الاجتماعية فى المرتبة الثانية ، ثم تضاف اعتبارات العدالة والأخلاق فى المرتبة الأخيرة كعناصر تقريبية . وتبعا فليست هناك رابطة بين ما هو كائن وما هو واجب لأن الأخير لا يفسر عنصر السببية .

والحق أننا لا نستطيع أن ننكر أن غريزة البقاء حقيقة بيولوجية ، وأنها أحد العناصر الأساسية التى يضعها القانون فى اعتباره ، ولكن حق كذلك أن غريزة البقاء ليست هى كل شىء ، فهى قد تكون موضوع تقدير القانون ولكنها ليست مصدر القانون لأن غريزة البقاء يحتمل أن ترتب نتائج تتعارض مع بقاء الآخرين .

ثم ان أية قوة مهما كانت لا تملك – استنادا الى قوتها فحسب – أن تدعى حقا قانونيا فى فرض ما تشاء ، فى حين أن سلطة القانون تصل فى الحالات القصوى الى حد أن تطلب الى الأفراد التضحية بأرواحهم ، فكيف يكون مصدر القانون حقيقة بيولوجية هى الرغبة فى البقاء ، ومع ذلك يكون من سلطة القانون فى بعض الحالات أن ينهى هذا البقاء . ان التوفيق بين هذا التناقض لا يأتى الا اذا فهمنا نظرية جورج سيل على أنها احياء لنظرية دارون فى المجال القانونى .

كذلك تعارض نظرية سيل الحقائق التاريخية لأن الجماعة الانسانية سبقت القانون فى الوجود ، فكيف نقول مع هذا ان الحدث الاجتماعى وضرورة المحافظة على حياة الجماعة وبقائها هو أساس القانون . ولذا قد تصلح نظرية جورج سيل لتبرير وجود القانون ، ولكنها لا تصلح لتفسير أساسه الملزم[1] .

مدارس المصدر الوضعى

تمهيد :

ذكرنا فى صدر هذا الفصل أننا نعنى بمدارس « المصدر الوضعى » تلك المدارس التى تجمعها فكرة أن القانون نتاج تصرف واع ذى أثر قانونى .

والواقع أن الوضعية ظاهرة حديثة نسبيا[2] وهى تقوم أساسا على تحرير قواعد قانون الشعوب من النزعة الدينية ، ولذا تعتبر من الناحية التاريخية فكرة معارضة للقانون الطبيعى . وفكرة التحرر هذه هى التى مهدت الطريق

---

(1) الأستاذ الدكتور حامد سلطان والدكتور عبد الله العريان – أصول القانون الدولى طبعة سنة ١٩٥٣ – ص ١٢

(2) يقول شارل دى فيشر – المرجع السابق – ص ٦٩ : ان المذهب الوضعى هو الذى سيطر على الحركة الفقهية منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين .

لظهور النظريات الوضعية الحديثة [1] التى تنظر الى القانون نظرة علمانية خالصة . وهي نظرة لا تخلو الى حد ما من فائدة فى الوضع الحالى للقانون الدولى العام لأنها تساعد على أن يتخذ هذا القانون صفته العالمية ، فى حين أن الأفكار الأخلاقية والدينية — بسبب اختلافها وتباينها من جماعة الى أخرى — قد تقف عقبة فى سبيل ذلك .

وقد بدأت الوضعية فى نطاق القانون الدولى العام بترشيد حالة الطبيعة — التى هى المميز الرئيسى لنظرية القانون الطبيعى [2] — وذلك على أساس أن الجماعة الدولية تتكون من مجموع أشخاص مستقلين ذوى سيادة ، وهم يتمتعون بهذا الاستقلال ليس فقط فى علاقة كل عضو منهم بالأعضاء الآخرين — اذا نظرنا اليهم نظرة فردية — بل كذلك بالنسبة لمجموع الأعضاء .

وقد اضطر أنصار النظرية الوضعية — ازاء هذه الفكرة الاستقلالية — أن يقروا للقانون الدولى العام الوضعى بأصل اتفاق رغم أنهم أنكروا هذا الأصل على القانون الوضعى الداخلى [3] ، مدفوعين الى ذلك الاقرار بوضع سياسى يرجع الى أن فكرة حالة الطبيعة ومذهب السيادة المطلقة كان له قوة مثالية بالنسبة للتكوينات الحديثة للدول التى تريد أن تتخطى العقبات التقليدية التى تربطها بالبابوية أو بالامبراطورية ، ثم — فى تاريخ لاحق — الى اهتمام الامبريالية الاستعمارية باستغلال هذه الأفكار لتبرير تدخلها باسم الانسانية والسلام أو أية مثالية أخرى [4] .

---

(١) راجع ص ١ وما بعدها . Verzil - A panorama of the law of nations, 1950

Giuliano - La communità internazionale e il diritto, 1950

(٢) نحب أن نوضح من الآن أن الوضعية لم تنكر وجود نظام موضوعى علوى تفرضه الارادة الانسانية ولكنها تقف من هذه الفكرة موقف عدم الاعتبار بمعنى أنها تنكر وجود أية علاقة لهذه الفكرة بالقانون ، ولذا فهى لا تعلق الصفة الملزمة للقواعد القانونية على موافقتها لاعتبارات العقل العليا والعدالة والخير المشترك على نحو ما سنوضح فى المتن فيما يلى .

راجع فيشر — المرجع السابق — ص ٧١

(٣) جوفارا — المرجع السابق ص ٦٠٩

(٤) يمثل بعض الفقهاء الوضعية فى القانون الدولى العام بمدرسة الشرح على المتون فى القانون الداخلى من حيث أن كليهما ازدهر فى فترة هدوء عم فيها تقديس القاعدة والتمسك بالشكل .

راجع فى هذا المعنى H. de Page - Traité de droit civil, T. I, p. 15.

ويمكن أن نجمع أهم نظريات المصدر الوضعى فى مدرستين هما :

١ — المدرسة الارادية La volontarisme

٢ — المدرسة القواعدية normative

ونعالج كلا من المدرستين على حدة .

١ — المدارس الارادية :

المدارس الارادية ، هى المدارس التى ترى أن القواعد القانونية أحكام أوجدتها الارادة (١) . وهى نظريات ذات أصل ألمانى تستمد فلسفتها من فكرة جان جاك روسو القائمة على أن القانون ما هو الا تعبير عن الرغبة العامة للجماعة (٢) .

وقد اتجه الفقه فى تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للقانون الدولى العام اتجاهين أخذ أولهما بنظرية الارادة المتحدة ، وأخذ الثانى بنظرية التحديد الذاتى .

والذى يبدو لنا أن المذهب الارادى فى قوله بأن ارادة الدولة هى المصدر الوحيد للقانون الدولى ، وأن هذه الارادة قد تكون صريحة فى صورة معاهدات ، وقد تكون ضمنية فى صورة عرف (٣) . يبدو لنا أن هذا القول متأثر بالمدرسة الطبيعية لأن هذه الارادة تعتبر من الناحية الموضوعية ظاهرة من ظواهر الطبيعة وان كانت المدرسة الطبيعية تضع الارادة فى المرتبة الثانية . على أن كلا من المدرستين — الطبيعية والارادية — لم تتعمق فى تحليل الارادة اذ لا تهتم بتمييز الارادة عن فكرة الحرية التى تعتبر العنصر الجوهرى الداخلى للارادة ، لأنها تنظر الى الحرية على أنها مجرد حرية نفسانية وليس على أنها حرية قانونية بالمعنى الصحيح .

---

(١) الدكتوران حامد سلطان وعبد الله العريان — أصول القانون الدولى، سنة ١٩٥٣ — ص ٨

(٢) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٧٥

(٣) Anzilotti - Cours de droit international - traduction de M. Gidel, Paris, 1928 p. 68.

ومن ثم فان النظرية الارادية ــ على المعنى السالف ــ يمكن أن يعاب عليها ما يعاب على النظرية الطبيعية من حيث أنها لا تفرق بين الكائن والواجب ولكن هذا لا ينفى أن المذهب الارادى يتضمن جزءا من الحقيقة ، هو أن الدولة هى وحدها التى يمكنها ــ بحسب التنظيم الحالى للقانون الدولى العام ــ أن تحرك الجزاء القانونى المنظم ، بيد أن هذا لا يبرر القول بأن الدولة هى فقط التى تخلق القانون (١) لأن مثل هذا القول انما يخلط بين فكرة الجزاء وبين فكرة القانون . ولا يمكن أن نفهم فكرة الدولة من الناحية القانونية على انها سلطة تحكمية تأتى ما تشاء من تصرفات دون أن تلتزم بالخضوع لقانون موضوعى أعلى ، لأن هذا القول يعنى تأسيس القانون على القوة ولا شك أن وصم القانون بالقوة يعادل انكار القانون ، ولعل هذا هو الذى دعى البعض الى القول بعدم وجود قانون دولى .

اننا لا ننكر أن القوة تقيم القانون الوضعى ، فأحيانا قوة الدولة هى التى تحمى القانون رغم أن بعض قواعد هذا القانون قد تكون غير عادلة ، ولكن هذا لا يؤدى الى القول بأن القوة هى التى أقامت هذا القانون ، اذ لو كانت القوة هى التى تقيم القانون لوجب أن تتقابل فكرتا القانون والقوة دائما ، أما اذا وجدت حالات لا تتقابل فيها الفكرتان ، فان هذا يكفى لهدم الرأى الذى يذهب الى أن القوة هى التى تخلق القانون . والملاحظة تثبت أن القانون لا يفرض بالقوة دائما ، ولعل قواعد القانون الدولى هى من الأمثلة الواضحة على ذلك .

ان الارادة بالمعنى الذى تؤخذ به فى القانون هى ارادة حرة ولها ذاتيتها وتستطيع بلا شك أن تخلق مراكز قانونية جديدة . ولكن الارادة بهذا المفهوم

(١) وهذا ثابت تاريخيا كذلك لأن القانون وجد فى صورة عرف فى الجماعات البشرية الأولى قبل وجود أى تنظيم حقيقى للسلطة الجماعية .

راجع :
A. Maret et G. Davy — L'evolution de l'humanité des clans aux empires, Paris, 1931, p p. 80,81

تفترض العقل الذى هو وسيلة التعرف على العدالة ، ومن ثم فان حريتها ليست مطلقة لأنها تتحدد بنطاق انطباقها على العقل . ويجب ألا نخلط بين هذه الفكرة السلوكية éthique وبين الفكرة النفسانية التى تفسر الارادة كظاهرة طبيعية ، لأن الارادة — كواقعة نفسانية — لا يمكن أن تكون خالقة للقانون بدون فكرة العدالة التى توجهها ذلك أن الارادة وان استطاعت خلق مركز قانونى جديد عن طريق القبول الصريح أو الضمنى لمركز واقعى(١) الا أن هذا مشروط بألا يكون الوضع منافيا للعدالة ، وقد يكون العكس هو الصحيح أى أن القانون هو الذى يحدد الارادة وليست الارادة هى التى تخلق القانون .

قد نفهم الفكرة الآمرة للقاعدة القانونية على أنها الارادة التحكمية للدولة اذا تعلق الأمر بالقانون الداخلى ، ولكنا لا نقبل ذلك المفهوم فى القانون الدولى العام الا إذا قصدنا الى انكار وجوده لأن شخص القانون لا يحدد لنفسه القانون الذى يسير عليه ولأن اقامة القانون على ارادة الدولة يعطى للدولة حق التحلل منه بارادتها كذلك فى حين أن القانون يلزم الدول بمعاهدات أو بقواعد عرفية لا يتوافر فيها هذا الرضاء من الناحية الافتراضية(٢) على نحو ما سنوضح .

ثم ان المذهب الارادى لا يوضح لماذا تلتزم الدول التى نشأت حديثا بقواعد العرف الدولى التى استقرت فى الجماعة الدولية قبل نشوء هذه الدول أى لم تشترك فى اقامتها بل وقد تعترض عليها ، وكيف تفرض بعض أحكام المعاهدات على غير عاقديها ، ولماذا تستمر نافذة حتى بعد انتهاء المعاهدات وسبب اختفاء بعض القواعد تلقائيا من القانون الوضعى .

---

(١) لأن قبول المغبون لمركز اكتسبه الغير حياله بطريق غير مشروع يحيل هذا المركز الى مركز مشروع .

(٢) Brierly—Force obligatoire du droit international
مجموعة محاضرات لاهاى — سنة ١٩٢٨ ج ٣

ثم ان وصف العرف بأنه ارادة ضمنية هو وصف غير سليم ولا يعدو أن يكون حيلة تصورية (١) .

هذا فضلا عن أن المبادىء العامة – على قول من يرى أنها مصدر مستقل من مصادر القانون الدولى – انما تنشأ مستقلة عن ارادة الدولة (٢) . وقد حاول الفقهاء تجنب النقد الذى وجه الى فكرة الارادة كمصدر للقانون فانقسموا فى تلك المحاولة – كما قلنا – الى نظريتين : نظرية الارادة المتحدة ، ونظرية التحديد التلقائى .

ونبدأ بنظرية الارادة المتحدة Vereinbarung التى تقترن باسم مبتدعها الفقيه الألمانى تريبل (٣) .

وقد استعمل تريبل لفظ Vereinbarung وهو لفظ يصعب ايجاد ترجمة دقيقة له ، ويعنى اجتماع ارادات متماثلة أى ارادات تهدف كلها الى غرض واحد (٤) ، وذلك لكى يفرق بين هذه الارادة وبين العقد contrat .

فاتحاد ارادات الدول – أى الاتفاق accord – على عكس العقد يمكن أن يولد قواعد قانونية حقيقية لأن التعبير عن الارادة اذا صدر بذات المضمون من عدة دول يتحد فى ارادة مشتركة عليا .

وتفرقة تريبل السابقة بين الاتفاق والعقد لا تختلف كثيرا عن التفرقة التقليدية بين المعاهدة الشارعة والمعاهدة العقد .

---

(١) بولتس – دراسة عن ديجى ، المرجع السابق – ص ٧٣

وكذلك :

G. del Vecchio—Essai sur les principes généraux du droit; Justice, Droit, Etat, 1938, p. 152

(٢) جوجنهايم – المبادىء العامة – المرجع السابق – ص ٣١

(٣) Triepel—Rapports entre le droit interne et le droit international

مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٢٣ ج ١ ص ٧٧–١٢١

(٤) الدكتور أبو هيف – المرجع السابق – ص ٧٧ (الهامش) .

وعلى هدى من هذه التفرقة يقول تريبل : ان مصدر القانون لا يمكن الا أن يكون الارادة المتحدة للدول لأنها وحدها هى التى تفوق فى السلطة الارادة المنفردة للدولة (١) ولذلك لا يستطيع الاطراف التحلل بارادتهم من الالتزامات التى ارتبطوا بها (٢) .

والذى نراه أن نظرية تريبل عن الرضاء المشترك ليست الا وجها آخر لنظرية العقد الاجتماعى ، وهى نظرية محل انتقاد الكثيرين .

وقد اتخذ تريبل نقطة بداية مضللة لنظريته عند ما فرق بين الاتفاق والعقد ذلك أنه فى الاتفاق - كما فى العقد - للارادة معنى متماثل ، والذى يختلف عند المتعاقدين هى البواعث فقط . ولذا لا يمكن فهم هذه التفرقة الا اذا افترضنا أن للشخص ضميرين مع أن الثابت أن للشخص ضميرا واحدا .

ان هذه النظرية تقوم على حيلة خالصة اذ تجعل من الارادة المشتركة للدول مصدرا للقانون الدولى العام (٣) لأن الحقائق التاريخية تثبت أنه لا يوجد الا الاعراب عن ارادتين ولا شىء آخر .

---

(١) الدكتوران حامد سلطان وعبد الله العريان - المرجع السابق - ص ٩

(٢) وقد لاقى هذا الرأى تأييدا فى الرأى المعارض الذى أبداه القاضى عبد الحميد بدوى (باشا) على الحكم الذى أصدرته محكمة العدل الدولية فى النزاع الكولومبى البيروفى بشأن حق الملجأ فى ١٩٥٠/١١/٢٠ اذ قال :

"Sans avoir à examiner si une coutume internationale peut abroger une règle de droit positif on doit admettre... "Recueil, 1950, p. 43.

(٣) قارن تعريف أوبنهايم للرضاء المشترك بأنه رضا صريح أو ضمنى لمجموعة كبيرة بحيث لا يكون للمخالفين أية أهمية ويختفون مطلقا فى نظر من يبحث عن ارادة الجماعة كوحدة متميزة من ارادة أعضائها .

Oppenheim by Lauterpacht, 1935, p. 52.

ويلاحظ على هذا التعريف أن الالتجاء الى الرأى العام كجزاء نهائى للقانون لا يعطى للتعريف معنى مختلفا اذ من المفهوم ضمنا على وجه العموم ان الأمر لا يتعلق بمجموعة أحكام ولكن بحكم جماعى أخذ به التصرف .

واذا كانت الاتفاقات تنتج قواعد قانونية فى القانون الداخلى ، فذلك لأن هناك قواعد عليا تقر لتلك الاتفاقات بهذه المكنة ولا يمكن أن يربط الاتفاق شخصا الا اذا وجدت قاعدة عليا تقضى بذلك .

ثم ان قيد الارادات المتحدة لا يوضح لنا لماذا لا يستطيع الأطراف التحلل من التزاماتهم اذا قضت مصالحهم الخاصة بذلك عليهم وكان فى امكانهم أن يحققوا هذا التحلل مخالفة لقاعدة آمرة من قواعد القانون الدولى العام . الحق ان الأطراف انما يلتزمون قانونا فى هذا الفرض على أساس فكرة عقلية للعدالة .

كما أن للنظرية نتيجة خطرة اذ يترتب على الأخذ بها ألا يوجد نظام قانونى واحد ، بل توجد عدة أنظمة قانونية دولية تتعدد بتعدد الاتفاقات وذلك لأن النظرية تجعل لكل اتفاق وجودا ذاتيا (١) .

والآن وقد استعرضنا نظرية الارادات المتحدة ننتقل الى النظرية الأخرى وهى نظرية التحديد الذاتى auto-limitation ، وكان أول من قال بها العلامة الألمانى Ihering وتخلص فى أن الدولة لا تلتزم الا بارادتها الخالصة ، ولكن من صالحها فى علاقاتها بأشخاص القانون الآخرين أن تخضع لقواعد معينة تقربها ثم تصبح ملتزمة بها بحكم واقعة الاقرار هذه فلا تملك بعد ذلك أن تخالفها بارادتها المنفردة . ونظرا لأن هذه القواعد ، التى تقررت بارادة الدولة ، انما تحد من حريتها فى علاقتها بالدول الأخرى فقد سميت بنظرية التحديد الذاتى أو التلقائى .

وأول ما يدعو الى التساؤل فى نظرية اهرنج هو التساؤل عن طبيعة الاستحالة التى تمنع الدول من مخالفة قواعد قررتها بارادتها الخاصة ، وهل هى استحالة واقعية أم استحالة قانونية ؟

اذا قلنا انها استحالة واقع تناقضنا مع الحقيقة لأن الدول تستطيع عملا أن تخالف هذه القواعد اللهم الا اذا قصدنا أن الدول الكبرى هى التى ستحمى

(١) جوفارا — المرجع السابق — ص ٦١٤

هذه القواعد ، وعندئذ تبدو نظرية اهرنج نموذجا للنظريات التى تولد القانون من القوة لأنها فى هذا المعنى تعتبر القانون منحة يقدمها الأقوياء لضمان سلطانهم على نحو أفضل (١) . أما اذا قلنا بأنها استحالة قانونية — أى أن الدول تلتزم قانونا باحترام ما وضعته من قواعد بارادتها — كان علينا أن نقر بوجود قانون سابق على هذه الارادة هو الذى يفرض ذلك الاحترام على الدول . ولذلك وصف كراب Krabbe نظرية اهرنج بأنها بناء يحاول التوفيق بين القوة والقانون (٢) .

وقد أراد جلنك أن يصلح من معايب نظرية اهرنج بصياغة علمية فقال — مع انكاره للقانون الطبيعى — بأن القوة الملزمة انما تنبع من ارادة الدول بوصف أن الخاصية المميزة للدولة المعاصرة أنها دولة قانون وأن عليها أن تعترف ببعض القواعد التى تنجم منطقيا من طبيعة العلاقات القانونية الدولية وقبولها لها كمبادىء تنظم سلوكها قبل الدول الأخرى بطريق الالزام من حيث أنها دولة قانون (٣) .

ورغم ما بذله جلنك من مجهود الا أن رأيه لم يتجنب ما وجه لرأى اهرنج من نقد وهو أن الدولة لا تلتزم قانونا الا اذا وجد قانون يسمو على ارادتها ويفرض عليها ذلك الالتزام (٤) .

---

(١) لوفر — القواعد العامة ، المرجع السابق — ص ٢٣

(٢) مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٣٦ ج ٣ ص ٥٦٩—٥٨٠

Krabbe—L' idée moderne de l'Etat.

(٣) يقول فيشر — المرجع السابق — ص٦٩ — ان جلنك لم يعزل القانون الدولى العام عن نظام موضوعى علوى بل فهم أن قانونا بدائى التطور مثل القانون الدولى العام لا يمكن أن يتكون من نظام شكلى خالص له ذاتيته بمعنى أن جلنك أقام علاقة تسلسل بين الأساس القانونى للقانون الدولى — وهو أساس ثانوى وشكلى عند جلنك — وبين الأساس السلوكى الاجتماعى لذلك القانون وهو الأساس النهائى فى رأى جلنك . وتوضيح فكرة جلنك على هذا النحو يعرضها فى صورة متناقضة اذ يؤكد جلنك وجود نظام موضوعى يوحى الى ارادات الدول وفى ذات الوقت يستبعد كل التزام لا ينجم عن الاعراب الحر لارادة الدولة باعتبار أن مثل هذا الالتزام ينافى السيادة ، ثم ان جلنك يخلط الواجب الاخلاقى والقانونى للدولة بجهازها السياسى ، فلا عجب أن يقول جلنك بعد هذا : ان القانون الدولى العام فى مجموعه قانون فوضوى anarchique.

(٤) الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٤٨

وقد يكون من المناسب – ونحن بصدد استعراض المدارس الوضعية – أن نلمح فى ايجاز الى نظرية الفقيه اليونانى سبروبولس (١) لأنها تقوم على نقد فكرة الارادة كمصدر للقانون .

يقول سبروبولس بأن دراسة القانون الدولى العام كانت ذات صفة ثابتة على الأخص قبل الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ ، ولكن الوضع تغير بعد ذلك فانتقدت المذاهب القديمة ولم يعد القانون الدولى العام قانون ما بين الدول فقط بل أصبح موجها كذلك الى جماعات أخرى وربما الى الفرد نفسه – ان لم يكن اليه وحده – ولهذا فقدت النظرية التى أعلنت أن الدولة أساس القانون الدولى سبب وجودها .

وينتهى سبروبولس من ذلك الى أن القانون الدولى العام القديم كان يستند على فرض خاطىء بسبب الخلط بين القاعدة القانونية وبين ما يسميه هو بالفكرة أو البناء القانونى . فالقاعدة القانونية واقعة بمعنى أن الجماعة الدولية انما تتبع القاعدة بالنسبة لواقعة معينة ، أما البناء القانونى فيكون نظرية وليس واقعة قانونية .

ويرى سبربولس أن القانون الدولى العام بوضعه الراهن أحكامه غير كافية وقواعده بها نقص فلابد من استكمال بناء هذا القانون بوضع نظام عام قادر على مقابلة المشاكل المتعددة التى تعرضها الحياة العملية وهذه عملية معنوية ذات أساس منطقى . وهنا نتساءل كيف نختار المبادىء التى نستكمل بها نظام القانون الدولى العام .

يقول سبروبولس : ان هذه مهمة الفقيه لأنه لا يكفى – فى رأيه – أن تطبق الدول قاعدة معينة فى علاقاتها المتبادلة لكى نصف هذه القاعدة بأنها قاعدة قانونية ، وانما الفقيه هو الذى يكيف القواعد فيحدد ما هو قانونى منها ، أى أن الفقيه هو أول من يعطى للقاعدة صفتها كقانون دولى (٢) .

---

(١) Spiropolous 1. Traité de droit international.
2. Théorie générale du droit international.

(٢) سبروبولس – النظرية العامة ، المرجع السابق – ص ٢٩

ونظرا لعدم وجود قاعدة يهتدى بها الفقيه فى تكييف القواعد فان هذا التكييف يكون تحكميا .

وهكذا يعترف سبروبولس بأن نظريته تقوم على تأكيدات تحكمية ، ويمكن أن نضيف أنها أحيانا غامضة ومحل جدل . فاذا أردنا مثلا أن نحدد من هم أشخاص القانون الدولى العام نجد من الفقهاء من يقصر تلك الشخصية على الدولة ، ومنهم من يحصرها فى الفرد وحده ، ومنهم من يجمع بين الدولة والفرد ، ومنهم من يضيف الى ذلك المنظمات الدولية ، وهكذا فكيف نحدد نقطة البداية فى مثل هذا البحث ؟ هل يترك لكل فقيه أن يختار نقطة البداية كما يعتقد ونعتبر أن عقيدته تبرر اختياره ، أم نختار نقطة البداية بطريقة تحكمية ؟

يبدو أن سبروبولس أراد أن يتخلص من هذا النقد الجوهرى فقال بأن العمدة على الرأى الغالب عند الفقهاء (١) ، فعلى كل جيل منهم أن يحدد قواعد قانونه ولا يلتزم أى جيل بالخضوع للحلول التى قبلتها الأجيال السابقة .

والحق أن سبروبولس كان أكثر واقعية من ديجى عند ما أخذ برأى الغالبية لا بالرأى العام لأن من المتعذر أن نصل الى الاجماع . وهو يطبق مبدأ الفكرة الغالبة على كل نظريات القانون الدولى العام عدا نظرية أساس القانون لأن هذه النظرية — فى اعتباره — لا فائدة منها عملا ما دام ان ملاحظة الحقائق تقنعنا بوجود هذا القانون .

وأغلب الظن ان سبروبولس — عندما تكلم عن ارادة الغالبية — كان يهدف الى المسائل الاخلاقية أو الاجتماعية فحسب ، ولا يمكن أن يكون قد قصد الى الظواهر الطبيعية ، اذ من الواضح أننا اذا أردنا مثلا أن نعرف هل الشمس هى التى تدور حول الأرض ، أم الأرض هى التى تدور حول الشمس ، فاننا لا نلجأ فى تقرير ذلك الى التصويت العام . ولكن

---

(١) الراجح أنه يقصد بالفقهاء ، فقهاء القانون الدولى العام فحسب .

هذه الواقعية لا تعفى نظرية سبروبولس من أنها تجافى المنطق فى جوهرها لما سبق أن أوضحناه من أنها تتسم بصبغة تحكمية ، ولأن سبروبولس يتناقض مع نفسه اذ يتمسك بآرائه رغم ان بعضها يخالف ما يذهب اليه معظم الفقهاء.

كذلك تقوم نظرية سبروبولس على النسبية لأن الانسان يستحيل عليه — فى عقيدة سبروبولس — أن يصل الى الحقيقة ، وتبعا فليست هناك حقيقة مؤكدة والرضاء عموما ليس الا دليلا فهو يقرر ولا يخلق . وقول سبروبولس هذا يعنى — فيما نرى — نفى العقل البشرى . .

٢ — المدارس القواعدية Ecoles Normatives :

ليس من جدل فى أنه كلما ذكرت النظرية القواعدية ذكر معها اسم صاحبها كلسن (١) .

وتقوم نظرية كلسن على فكرتين أساسيتين :

الأولى : هى التفرقة بين الواجب sollen والكائن sein (٢) .

والثانية : هى التفرقة بين فعالية القانون effectivité وبين صلاحيته validité.

ويقول كلسن — فى التفرقة بين الواجب والكائن — ان قواعد القانون تحدد ما هو واجب وليس ما هو كائن ، لأنه ليس من حق دون واجب ذى اعتبار جوهرى . ومن ثم فان الزام القاعدة القانونية لابد أن يستند الى قاعدة أخرى لأن الواجب لا يستنبط الا من واجب وليس من كائن حتى نصل فى ذلك التدرج الى قاعدة أساسية تحكم النظام كله أى تكون مصدر ذلك النظام . فكل قانون وضعى يفترض قاعدة أساسية تضفى حق فرض

(١) Hans Kelsen 1. General theory of law and State, 1945
2. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.

(٢) Sein ، Sollen لفظتان ألمانيتان تقابلان على الترتيب اللفظتين الفرنسيتين devoir,être

القواعد على سلطة أولى عليا . أى أن ذاتية النظام القانونى تستند فى النهاية الى القاعدة الأساسية التى هى أساس له سواء حصل الاستنباط منها باجراء ثابت statistique أو باجراء متحرك dynamique (١) .

هذه القاعدة الأساسية هى مجرد فرض وليس لها فى ذاتها أية قيمة ، بل هى مجرد وسيلة منطقية نفترضها دون أى دليل لكى نصل الى فهم سبب الزام القواعد القانونية . وتبعا فان القاعدة الأساسية تضفى على النظام القانونى كله صلاحية وبدونها لا نستطيع أن نبرر الصفة الالزامية للنظام القانونى لأنها هى التى تحدد المصدر الأول للقانون ، فهى الفكرة التى تقرر وجوب تطبيق الاكراه فى الظروف التى قررتها السلطة العليا (٢) ، وبتعبير آخر فان القاعدة الأساسية تعنى فى المجموع نقل القوة الى القانون وتحويل الواقعة الى واجب .

ولكى يبرر كلسن أن القاعدة الاساسية هى فرض وذات نسبية بالقياس الى حقيقة كل قانون وضعى ، فانه يقرر — كمبدأ — أن القانون فى ذاته ليس عليه أن يتبع المطلق وأن كل قانون طبيعى أو مثل أعلى يعتبر غريبا على جوهر القانون ، وأنه ليس من عمل القانون أن يحدد قيما تكون منهجا يتغياه أى ليس من مهة القانون أن يضع مثلا عليا ومبادىء نموذجية تكون بمثابة الهدف الاسمى الذى يسعى الى تحقيقه . ولذا ذهب الى أن دور الوضعية الحقيقية هو تحرير القانون من كل قانون طبيعى يخالف الاتجاهات المسيطرة للوضعية القانونية .

ولكن هذا لا يكفى لأن النظام القانونى فى رأى كلسن هو نظام اكراه يصل بطريق مباشر أو غير مباشر الى الأمر بواقعة اكراه مادية . ففعالية

---

(١) كلسن — مجموعة محاضرات لاهاى — المرجع السابق — ص ٢٦٥ . والمقصود الاستنباط سواء عن طريق التفسير أو ما جرى عليه العمل .

(٢) أو السلطات الأقل ، وذلك فى الحالات التى تمنح فيها السلطات العليا للسلطات الأقل هذا الحق .

القانون تعتبر عند كلسن شرطا جوهريا لقيام صفته الالزامية ، أى أن القانون الوضعى — فى مذهب كلسن — هو مجموعة قواعد فعالة تطبق فعلا ، وتكون نظام اكراه يتمثل فى الجزاءات والحرب .

اذن فالنظام القانونى — فى نظرية كلسن — هو تسلسل عدة قوانين لا تقف عند اثبات الحقيقة القانونية بل تنظمها ، أو بتعبير آخر النظام القانونى هو الذى عليه مهمة فرض أوامر وليس فقط اثبات مراكز واقعية . وقوة كل قاعدة تعتمد على قاعدة أعلى منها فى نوع من التسلسل درجته الأخيرة هى التى تحكم كل النظام ، أى أن كلسن صور القانون فى شكل هرم تتدرج قواعده من الفصول الى الأصول حتى تصل الى القاعدة الأساسية التى تعلو جميع القواعد الأخرى وتكسبها قوتها ، والقاعدة التى اعتبرها كلسن مصدرا للقانون الدولى العام هى قاعدة أن الملتزم عبد التزامه(١) pacta sunt servanda

وقد وصف كلسن هذه القاعدة بأنها قاعدة عرفية ، أى أن القانون الدولى فى رأيه انما يتكون من قواعد فرضت عن طريق العرف استنادا الى التصرفات المختلفة التى صدرت عن الدول فى تنظيم علاقاتها المتبادلة وأن أولى هذه القواعد وأساسها الأعلى هو قاعدة « الملتزم عبد التزامه » .

ان نظرية كلسن كما شاهدنا تقوم على وضعية قانونية ناقدة ، فهو لا يعتبر من القانون الا القانون الوضعى ويضع له قاعدة أساسية تفرض صلاحيته بطريقة تحكمية وينكر كل امكانية عقلية لفكرة العدالة ، فالعدالة عنده مثل أعلى غير عقلى والعقل فى عقيدته لا يمكن أن يحكم على قاعدة وضعية بأنها عادلة أو غير عادلة (٢) .

ان كلسن لا يعترف بوصف القانون الا للقواعد التى تفرض نفسها تبعا لارادة بشرية ، ولذا ينكر هذا الوصف على القانون الطبيعى وعلى القانون

---

(١) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٧٨

(٢) جوفارا — المرجع السابق — ص ٥٦١

العقلى فليس قانونا الا ما تأمر به القاعدة الأساسية أو تقرره سلطة أو يفرضه عرف .

والواقع أن وضعية كلسن تعتبر استمرارا للوضعية القانونية التى سادت فى القرن التاسع عشر والتى تجعل من الجزاء جوهر القانون وأن الدولة هى التى تنظم الاكراه وترى أن الدولة هى الشكل الكامل للقانون الوضعى وتذوب فى النظام الذاتى للقواعد الفعالة .

ولكن نظرية كلسن هذه تعيبها ثغرات عرضتها للنقد الشديد من كثير من الفقهاء . ولعل أول ما يتبادر الى الذهن من اعتراض هو أن النظرية تقيم النظام القانونى فى النهاية على افتراض . وربما أن كلسن كان يحس بوهن نظريته من هذه الناحية فأراد أن يدرأ عن نفسه النقد مبررا الأخذ بالافتراض فى علم القانون قياسا على العلوم الطبيعية ، ولكن هذا التبرير غير مقبول لأنه يستند الى قياس خاطىء ، ذلك اننا انما نلجأ الى الافتراض فى العلوم الطبيعية على أمل أن نصل الى توضيح هذا الافتراض ، وقد تؤكد التجربة الافتراض وقد تظهر خطأه فنستبدل به غيره . أما فى نظرية كلسن فالقاعدة المفترضة باقية هكذا أبدا أى أنها فرض غير قابل لاثبات العكس ولا هو خاضع لحكم التجربة .

وهكذا يقلب كلسن الأوضاع ويسلك الطريق من النهاية الى البداية بدلا من أن يسلكه من البداية الى النهاية ، فهو يضع أولا التجربة القانونية — أى القانون الوضعى بفعاليته — ثم يبحث بعد ذلك عن قاعدة أساسية يمكن أن تلائم هذا القانون وتفسر صفته الملزمة ، وبعبارة أخرى فان كلسن علق الصفة الملزمة للقانون على صلاحيته الواقعية بدلا من أن يعلق صلاحيته الفعلية على صفته الملزمة ، فعنده أن تحريم السرقة راجع الى أن القانون يعاقب السارق بدلا من أن عقاب السارق يرجع الى أن القانون يمنع السرقة . ان كلسن يستنبط صلاحية القانون الدولى العام من فعاليته ، فهو يقول : ان القاعدة القانونية ليست صالحة لأنها نظام بل لأنها يجب أن تطاع ، فى حين أن العكس هو الأسلم اذ تعود فعالية القانون الى صلاحيته .

ثم ان كلسن وصف قاعدته الأساسية بأنها قاعدة عرفية ، وهو وصف مشكوك فيه لأن نفرا من الفقهاء يعتبرون أن قاعدة « الملتزم عبد التزامه » قاعدة اتفاقية وليست عرفية . بمعنى أن مصدر التزام الشخص بما يتعاقد عليه هو ارادته واتفاقه مع الطرف الآخر على ذلك وليس لأن هذا هو حكم عرفى كما أن العرف عند فريق كبير من الفقهاء لا يخلق القانون ، وهو عند آخرين لا يخلق القانون الا عن طريق تصرف أو سلسلة تصرفات مادية تحوز قيمتها بالفكرة الموضوعية للعدالة .

وحتى اذا سايرنا كلسن وافترضنا أن هذه القاعدة يمكن أن تكون مصدرا فانها فى رأى بعض الفقهاء (١) لا تصلح الا لتفسير جزء فحسب من قواعد القانون الدولى العام هو القانون الاتفاقى ، ولكنها لا تفسر العرف والمبادىء العامة ، بل انها لا تفسر الا شطرا فقط من القانون الاتفاقى ، اذ كيف نفسر على أساسها مثلا الزام معاهدة يكون موضوعها تحديد الحصانات الدبلوماسية فى نطاق ما هو لازم لمباشرة الوظيفة بحرية فقط ، وهى معاهدة تخالف فى مضمونها القواعد الآمرة فى القانون الدولى العام .

ورغم أن كلسن قصد الى اقامة نظريته على منطق خالص ، فانها قد جاءت متناقضة المنطق . ذلك أن قاعدة « الملتزم عبد التزامه » واقعة أو كائن كما أكد كلسن بتفرقته السالفة ، ذلك أنه قال : ان الواجب لايستنبط الا من واجب . والقاعدة السالفة لا تستنبط من واجب بوصفها القاعدة الأخيرة ، فكيف نقيم على الناس واجبا باحترامها على أساس أنها قاعدة قانونية وهى كائن وليست واجبا ، فى حين أن الواجب — وليس الكائن — هو الذى يميز القاعدة القانونية .

الواقع ان هذا الواجب غير قابل لتحقيق تجريبى وأن وجوده لا يمكن اثباته بالاستناد الى أن السلوك البشري قد سار على نحو معين فى لحظة معينة ، والمثل يؤكد ما نقول فسكان داهومى — قبل الاحتلال الفرنسى — كانوا

---

(١) لوفر — المرجع السابق — ص ٤٢

يسيرون على عادة لا يحيدون عنها تقضى بأن يضحى بمئات بل بآلاف الأرواح عند وفاة الحاكم (١) ، فهل يمكن أن نقول على هذا الأساس ان سلوك سكان داهومى يكون واجبا لا بدمن احترامه ؟ بديهى لا (٢) .

وتلقى فردروس النظرية السالفة عن أستاذه بمحاولة تنقيحها فذهب — كما ذهب كلسن — الى أن القاعدة « الملتزم عبد التزامه » هى أساس الالزام فى القانون الدولى العام ، ولكنه لم يذهب الى أن الارادة هى خالقة القانون ، كما لم يقر للدولة بصفة المشرع الدولى وانما اعتبر سلطة التشريع ملك للجماعة الدولية تمارسها بارادتها العامة . ووصف سيادة الدولة بأنها تعبير عن الاختصاص الذى منحه قانون الشعوب للدولة مباشرة ، أما السيادة الكاملة — وهى اختصاص الاختصاصات — فلا تعود الا الى الجماعة الدولية .

واذا كان فردروس قد اتفق مع أستاذه فى تصوير القانون على شكل هرم قاعدته « الملتزم عبد التزامه » فانه خالفه فيما يتعلق بفحوى هذا المبدأ . فعند فردروس أن كل قانون وضعى يفترض فكرة العدالة ، وهو ليس الا محاولة قد تنجح وقد لا تنجح فى تطبيق هذه الفكرة على ظروف الأحوال.

وفردروس لا ينظر الى قاعدة « الملتزم عبد التزامه » على أنها مجرد قاعدة قانونية ، بل يعتبرها كذلك قاعدة سلوكية أى ذات قيمة واضحة ، وهكذا يضع القانون كدرجة خاصة فى عالم القيم ويرى أن القانون الوضعى وان كان قيمة نسبية تتغير مع تطور المدنية ، الا أنه مع ذلك يتأسس على القيمة المطلقة لفكرة العدالة ، وهو — ككل قيمة نسبية — ليس قيمة الا فى علاقته بقيمة مطلقة .

---

(١) لوفر — المرجع السابق — ص ٤١

(٢) يمكن أن نلاحظ عموما على رأى كلسن أنه بالغ فى استعمال التشبيهات العقلية فانتهى به ذلك الى ما عبر عنه François Gény بقوله :

" L'idée completement détachée de son objet, se trouve elle-même réalisée pour vivre d'une vie propre et sous aucun contact avec le réel vivant. A ce point l'abstraction ne peut plus que jouer le rôle d'un instrument opérant à vide".

Fr. Gény — Science et technique en droit positif. t. 1., p. 133

هكذا نرى أن فردروس يفسر قاعدة « الملتزم عبد التزامه » باعتبارات أخلاقية وأدبية بوصف أن هذه القاعدة تمثل القيمة المطلقة وفكرة العدالة (١) .

ومن ثم فان فردروس — في رأينا — لم يتمسك بالوضعية الخالصة التي تحمس لها أستاذه كلسن ، اذ أضفى على القاعدة الأساسية اعتبارات من العدالة تشبها ببعض ملامح من أفكار القائلين بالمصدر الطبيعي للقانون الدولي العام (٢) .

---

(١) الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٥١

(٢) راجع Verdross في :

(أ) مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٢٧ الجزء الأول ص ٢٥١-٣٢٣

(ب) مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٢٩ الجزء الخامس ص ٢٨٥ وما بعدها .

الفصل الثانى

فى

مصدر القانون الدولى العام فى رأينا

تمهيد :

رأينا مما سلف أن مشكلة توضيح الأساس الملزم للقانون الدولى العام هى من المشاكل التى فشلت المدارس المختلفة فى تقديم حل مقنع لها . فقد أخفقت مدارس المصدر الطبيعى فى توضيح مصدر القانون الدولى العام لأن هذا القانون ليس مجرد علم طبيعى ، كما أن الفكرة التقليدية عن القانون الطبيعى أنكرت القيمة كعنصر أولى الأمر الذى زعزع منطقها لأن انكار القيم يجعل من المتعذر أن نمنطق الأمور فالقيم هى وسيلة العقل فى منطقة المسائل ، بل إن تلك الفكرة التقليدية وصلت فى بعض صورها — كما سبق ايضاحه — الى انكار القانون الدولى العام من حيث أرادت تأكيد قيامه .

كذلك بان لنا أن الواقعة الاجتماعية عاجزة عن أن تزودنا بحل للمشكلة مثار البحث اذ يجب أن نميز النظام الاجتماعى من النظام الوضعى لأن النظام الوضعى يعتبر الحقائق الاجتماعية من زاوية تختلف عن زاوية الاجتماع بمعناه الدقيق، ولم تكن النظرية البيولوجية أكثر توفيقاً لأن النشاط الغرائزى ليس هو كل شيء كما أسلفنا بيانه .

ورغم ما يؤخذ على النظريات الطبيعية من عيوب فى تبرير الأساس الملزم للقانون الدولى العام فانها هى التى سيطرت على الأفكار عند أول نشوء ذلك القانون حيث كان لا غنى لهذه البيئة عن الاستعانة بالاعتبارات المجردة فى ارساء القواعد الأولى (١) .

---

(١) ولعل الخلاف المشهور الذى قام بين جروسيوس وسلدن حول حرية البحار هو من الأمثلة النموذجية التى تترجم هذه الحقيقة .

فلما كثرت التجربة الدولية وأثرت الخبرة القانونية بدأت تتضح علامات الوضعية فى الدراسات القانونية الدولية وزكتها عوامل أساسية ترجع الى تطور النظام السياسى الذى دخل أوربا فى العصر الحديث (١) كما سبق أن ذكرنا .

واذا كنا لا نستطيع أن نحدد ميلاد الوضعية على وجه الدقة إلا أن الثابت أنها ظهرت فى حقبة حديثة نسبياً كرد فعل واع ضد النظريات الطبيعية (٢) .

ولكن المحاولات الوضعية فشلت بدورها فى ايجاد حل لمشكلة الأساس الملزم للقانون الدولى العام اذ انحصرت فى وضع صياغات خيالية كما انزلق بعض أنصارها الى فكرة وجود قانون سابق على ارادة الدولة فى ذات الوقت الذى يؤكدون فيه التزامهم للنطاق الإرادى فحسب .

والواقع أن كلا من الفريقين وان تضمن رأيه جزءا من الحقيقة الا أنه أغرق فى التحمس لفكرته فضاع جانب الحقيقة فى غمرة المغالاة .

---

(١) ذلك أن العلاقة التى كانت تميز الجماعة الدولية الأوربية فى العصر الوسيط هى ارتباط التنظيمات الدولية بسلطتين علويتين : البابا والامبراطور .

أما العصر الحديث فقد تميز بخلق دول حديثة تتمتع بسلطة مركزية تتصرف باختصاصات مطلقة فى داخل الدولة ولا تخضع لأية سلطة عليا سوى سلطة القانون ، وقد تحررت شيئا فشيئا من سلطة الأفكار الدينية التى كانت تصبغ العلاقات السابقة . وأظهر وقائع هذا التطور هى معاهدات وستفاليا سنة ١٦٤٨ التى بدأت سلسلة المؤتمرات الحديثة ، ومعاهدات فينا سنة ١٨١٥ وباريس سنة ١٨٧٨ وفرساى سنة ١٩١٩ ثم معاهدات السلام التى أبرمت بعد الحرب العالمية الأخيرة حيث حصلت التصرفات السياسية الكبرى . ولذا يمكن أن نقول مع انزيلوتى ان القرن الثامن عشر قد حمل معه :

" Le passage de traitement fragementaire de notre science à son traitement systématique. "

انزيلوتى — الترجمة الفرنسية ، المرجع السابق — ص ٥

(٢) ومع ذلك فهناك من الفقهاء الوضعيين من لا يستبعد تماما الالتجاء الى القانون الطبيعى كما سبق لنا ذكره . وقد رأينا أن بعض النظريات الطبيعية والوضعية تشترك فى الأخذ بقاعدة « الملتزم عبد التزامه » كأساس للقانون .

Ago — Scienza giuridica e diritto internrzionale, Milano, 1950, p. 16 et s.

فمدارس المصدر الطبيعي تجافت الواقع عندما أكدت أن مبادىء القانون الطبيعي هي مصدر القانون الوضعي وهي المقياس الذى نحكم به على القانون الوضعي ، أوعندما اعتبرت أن الاجتماعية أو أن البيولوجية هي مصدر القانون .

كما ابتعد أنصار المصدر الوضعي عن المنطق عندما أكدوا أن الارادة - فردية كانت أو مشتركة - هي وحدها مصادر القانون (١) أو عندما أقاموا الأساس الملزم للقانون على قاعدة افتراضية .

واذا كان الأمر كذلك فاننا لا نساير من يقول بأن بحث الأساس الملزم للقانون هو من الدراسات الخارجة عن نطاق مهمة الفقه (٢) لأن هذا يعني اهمال دراسة نقطة جوهرية فى أساس علم القانون .

والذى نرجحه أن صعوبة الوصول الى حل للاشكال هي التى دعت البعض الى أن يريحوا أنفسهم بأسهل الطرق فيصفون الاشكال بأنه خارج عن نطاق الدراسة القانونية (٣) .

كذلك من الأسباب التى دعت الى قصور النظريات التى استعرضناها فى الفصل الأول من هذا البحث عن الوصول الى هدفها الصحيح هو عدم حرصها منذ البداية على تحديد مدلول التعبيرات الفنية التى تتناولها ، أى أن

---

(١) لقد بلغ من اغراق النظريات الوضعية فى الأخذ بالشكلية فلا تعتبر من القانون الا ما تفصح عنه ارادة الدولة فحسب: أنها اعتبرت أن كل حرب تعلن بالطرق النظامية حربا مشروعة أى أنها فضلت الاقرار بحق اعلان الحرب كميزة للسيادة عن أن تلجأ الى معايير اخلاقية قد تضعف منهاجها .

راجع شارل دى فيشر - المرجع السابق - ص ٧٢

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان - المرجع السابق - ص ١٣

(٣) Balladore Pallieri — Diritto internazionale publico, 1946, p. 13 et s.

جانباً مهماً من الفشل له صبغة اصطلاحية . فلو أننا بدأنا أولا بحصر مفاهيم الألفاظ لتجنبنا الكثير من الخطأ ولاستطعنا تحديد اطار البحث فى وضوح أكثر .

ونرى أن أكثر الالفاظ حاجة الى تحديد مدلولها فى بحثنا هما لفظا « قانون » و « مصدر » .

فماذا نقصد بكل من هذين اللفظين وما هو المفهوم الذى نعنيه عندما نستعمل أيهما ؟

ان تحديد المقصود بهذين اللفظين هو مفتاح دراستنا الراهنة على ما نعتقد ولذا نبدأ بايضاح كل لفظ منهما على حدة .

تحديد لفظة « قانون » :

كلمة « قانون » كلمة يونانية الأصل (١) دخلت الى العربية عن طريق السريانية (٢) وكان استعمالها فى الأصل بمعنى المسطرة ثم صار بمعنى القاعدة وهى اليوم تستعمل فى اللغات الأوربية بمعنى الشريعة الكنسية "Canon law, Droit canonique"

ومعنى القانون فى لغة العرب « مقياس كل شىء »(٣) ومنه أخذ التعبير العام الذى يطلق على كل قاعدة الزامية فيقال قانون الصحة وقوانين الطبيعة وهكذا (٤) .

---

(١) Kanôn – راجع الموسوعة الاسلامية تحت كلمة Kanûn .

(٢) جاء فى تاج العروس ج ٩ ص ٣١٥ أن كلمة قانون رومية (يونانية) أو فارسية ، وجاء فى القاموس المحيط أنها سريانية . والأصح فى رأينا انها يونانية أخذتها اللغة العربية عن السريانية .

(٣) قاموس لسان العرب لابن منظور ج ٧ ص ٢٢٩ ، والقاموس المحيط للفيروزبادى ج ٢ ص ٢٦٩

(٤) بهذا المعنى تكلم الغزالى عن قوانين الحد فى المستصفى من علم الأصول (مصر سنة ١٩٣٧ ج ١ ص ٨) .

أما فى الاصطلاح فان فقهاء المسلمين مقلون فى استعمال هذه الكلمة إذ يستعملون مكانها كلمات الشرع والشريعة والحكم الشرعى .

وللكلمة اليوم معان ثلاثة :

أولها : يقصد به المدونة Code أو مجموعة الاحكام الشرعية ، فيقال قانون العقوبات وقانون المرافعات والقانون الدولى العام البحرى والقانون القنصلى وهكذا .

ثانيها : يراد به الشرع والشريعة بوجه عام law,droit كقولنا القانون العربى والقانون الهندى والقانون الدولى الامريكى (١) .

وثالثها : تطلق فيه كلمة قانون بصورة خاصة على كل قاعدة من قواعد المعاملات العامة الالزامية (٢) ، فيقال مثلا عن القاعدة التى تحرم تعاطى المخدرات أو القاعدة التى تقر حرية المرور البرىء فى المياه الاقليمية إنها قانون .

والذى نراه أن القانون بمعناه الأول (المدونة) والثالث (القاعدة العامة الالزامية) ليس الا جزءا من القانون بمعناه الثانى (الشرع والشريعة بوجه عام) ومن ثم فمصدرها جميعاً — على هذا المفهوم — واحد ، أى أن الاساس الملزم لها جميعاً له تفسير جذرى واحد .

أما اذا نظرنا الى المدونة والقاعدة الالزامية من حيث هى فانها لا تثير اشكالا من حيث المصدر الخاص بها على وصفها لأنها تخضع لقاعدة تدرج التشريع فكل قاعدة تستند فى الزامها الى قاعدة اعلى منها فى تسلسل هرمى تقف عند قمته القواعد الدستورية للجماعة .

---

(١) وذلك على أساس أنه يجوز أن يكون هناك قانون دولى آخر اقليمى أى مجموعة قواعد دولية تخص منطقة معينة من العالم . ومن الفقهاء الذين دافعوا عن هذه الفكرة العلامة الفاريز .

(٢) استعمل كلمة قانون بهذا المعنى الامام أبو القاسم بن جزى فى كتاب القوانين الفقهية فى تلخيص مذهب المالكية ، طبع فاس سنة ١٩٣٥

وتبعاً فان مشكلة بحث الصفة الملزمة للقانون فى المفهوم الذى تعالجه دراستنا هذه انما يعود أصلا الى القانون فى معنى الشريعة العامة ولذا سنقصر اهتمامنا على هذا النطاق فحسب .

ان القانون فى معناه السالف هو مجموعة قواعد تحدد النشاط الحر لأشخاصه عن طريق السماح أو المنح أو المنع .

وليس فى تعريف القانون على هذا النحو ما يثير جدلا ذا بال اللهم الا من ناحية واحدة هى فكرة الجزاء وهل تعتبر من جوهر القانون بمعنى أنه هل لا بد أن تتوافر لكى توصف القاعدة بأنها قاعدة قانونية أم أن الجزاء لا يعتبر من جوهر القانون .

لقد تباينت الاراء فى هذا الخصوص . فهناك فريق من الفقهاء يرى أن القاعدة لا تكتسب صفة القانون الا اذا توافر لها الجزاء (١) وقد تغالى بعضهم فذهب الى انكار صفة القانون على القانون الدولى العام بسبب عدم وجود سلطة دولية عليا تفرض الجزاء .

اننا لا ننكر الدور الهام الذى يؤديه الجزاء بالنسبة لتأكيد احترام احكام القانون فهو يعمل على أن تختفى من حياة الجماعة انتهاكات القواعد القانونية ولذلك لا يوجد الجزاء المنظم الافى جماعة متقدمة تسعى الى توطيد حكم القانون فى محيطها مستعينة فى ذلك باجراء وقائى هو الجزاء الذى تمارسه سلطة منظمة ذات اختصاص بمباشرته .

وعلى هذا يمكن أن نقول إن الجزاء يساهم فى كمال القانون ويساعده على تحقيق أهدافه (٢) ، كما أن تطبيق الجزاء يحدد مضمون القاعدة القانونية

(١) قارن رأى كلسن فيما أوردناه سالفا حيث يرى ان القانون نظام اكراه . وقارن كذلك ديجى فعنده أن الجزاء يظهر فى شكل رد فعل اجتماعى لا يختلط دائما بأعمال الاكراه المادى ولكنه يلعب دورا رئيسيا فى تكوين القانون ذاته لأن القانون يقر الجزاء عند ما تنتهك قاعدة قانونية ، وهو رأى يعاب عليه أنه يوجد علاقة بين القانون والقوة .

(٢) Louis Cavaré — L'idée de sanction en droit international public.
مجلة القانون الدولى العام سنة ١٩٣٧ ص ٣٨٩ وما بعدها .

على نحو أوضح (١) هذا فضلا عن أن الجزاء يعطى للقاعدة قيمة علمية ، وقد تبقى القاعدة المحرومة من الجزاء حرفاً ميتا أى لا تجد سبيلا الى التطبيق .

ولكن تقديرنا لأهمية الجزاء فى محيط القانون يجب أن يتقيد بحدوده الصحيحة فلا نضع الجزاء الا فى موضعه الصحيح ذلك أن الجزاء وان ارتبط بالقاعدة القانونية ليعين على سهولة تطبيقها الا أنه لا يختلط بها ولا يعتبر من جوهرها بمعنى أنه ليس شرطاً أساسياً لتوافر صفة القانون بالنسبة للقاعدة بل على العكس فان القانون هو الذى يقيم الجزاء (٢) .

وإنه لمن التناقض أن يكون القانون — بحسب جوهره — ذا طبيعة سلمية (٣) لأن وظيفته أصلا ليست الاكراه وانما تحديد الانطقة المختلفة لنشاط أعضاء المجتمع الذى ينظمه بطريقة سلمية فهو يفترض أصلا أن الناس تطيع أوامره وتبعاً فهو يخاطبهم بأحكامه ولا يأتى دور الاكراه الا فى مرحلة تالية . ثم نقول بعد ذلك إن الجزاء — وهو صورة من صور القوة — يعتبر من جوهر القانون .

ان القول بأن الجزاء من جوهر القانون يترتب عليه أنه اذا توافرت القوة المادية لانتهاك أحكام القانون سقط عن القانون وصفه كقانون ، كما أن ربط القانون بالجزاء المنظم معناه اعتبار الدولة وحدها هى مصدر القانون الوضعى وهو رأى غير سليم كما أورينا .

والصحيح — فى رأينا — أن ما يربط فكرة الجزاء بفكرة القانون هو أن كل قاعدة قانونية انما تحوى ضمناً الأمر بأن تحترم بواسطة الوسائل المادية التى تكون فى متناول الجماعة التى تنظمها تلك القاعدة . ولذلك فان ما يجمع

---

(١) ومثال ذلك الجزاءات التى طبقت فى مسألة كوريا فقد ساعدت على شرح الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة .

(٢) جوفارا — المرجع السابق — ص ١٥٥٠

(٣) وهذه هى نظرية جروسيوس — راجع :

Louis Cavaré — Les sanctions internationales dans le cadre de l'O.N.U.

مجموعة محاضرات لاهاى — سنة ١٩٥٠ ص ١٩٨

بين فكرتى القانون والجزاء هو أنه اذا توافرت لجماعة معينة ظروف تسمح لها بأن تنظم جزاء لحماية قواعد القانون فان عليها أن تسخر جزاءات مادية لخدمة القانون طواعية للأمر الذى تحويه قاعدة القانون ، أما اذا لم تتوافر تلك الظروف فيكفى قيام ذلك الاحتمال الى أن تستكمل الجماعة من التنظيم ما يسمح لها بفرض الجزاء .

وفى معرض الكلام عن الجزاء نحب أن نفرق بين الجزاء والفعالية effectivité كما نحب أن نفرق بين الجزاء والالزام obligation بالنسبة لمفهوم القاعدة .

نعنى بالفعالية بالنسبة للقاعدة أنها مطبقة فعلا فى العلاقات المتبادلة بين أعضاء المجتمع .

أما الزام القاعدة فمعناه أن أعضاء المجتمع يعتقدون أنهم ملزمون باتباع ما تقضى به أحكام القاعدة .

وكل من الفكرتين – الفعالية والالزام – مستقلة فى مدلولها عن الأخرى اذ قدتتوافر احداها للقاعدة دون أن تتوافر الأخرى . فقد يعتقد أعضاء الجماعة ان قاعدة ما ملزمة لهم ولكنها لا تطبق فعلا فى علاقاتهم المتبادلة كما قد يسيرون على قاعدة معينة دون أن تكون لديهم العقيدة بأنها ملزمة .

على هدى ما سبق نرى أن قاعدة السلوك تصبح قاعدة قانونية اذا ما توافرت لها أركان ثلاثة هى أن تكون :

١ – ذات فعالية أى مطبقة فعلا .

٢ – ملزمة أى أن تطبيقها يأتى عن طريق الاعتقاد العام – سواء فى صورة تشريع أو عرف – بأنها واجبة الاحترام .

٣ – قابلة للجزاء المادى أى أنها تحوى أمرا بأن يحمى ما تتضمنه من تنظيم بجزاء مادى عندما تتوافر وسيلة ذلك . وكما قلنا فان الاحتمال وحده

يكفى لتكامل عناصر القانون ولا يهم مطلقاً اذا ما وجد هذا الاكراه فعلا أم لا ما دام أن عدم قيام الجزاء مرجعه عدم توافر وسيلته للجماعة (١) .

واذا طبقنا المعايير التى وضعناها لتحديد لفظة « قانون » نجد أن ما تسميه المدرسة التقليدية بالقانون الطبيعى ليس قانونا فى المعنى الذى نفهمه فى دراساتنا الفقهية (٢) على أساس أنه قانون مثالى يفتقر الى العناصر الثلاث التى أسلفناها أما اذا قصد به قواعد تطبق فعلا ويلتزم الأشخاص باحترامها فانه عندئذ يكون قانوناً فى المعنى الذى حددناه وهنا لا يقوم أى مبرر ولا تتوافر أية فائدة لوصفه بأنه قانون طبيعى .

وتبعاً فالقانون الدولى العام هو مجموعة القواعد التى تنظم سلوك الجماعة الدولية بطريقة فعالة ملزمة ويمكن أن يحميها جزاء مادى اذا توافر (٣) .

وفى نطاق هذا التعريف سنبحث فكرة مصدر القانون .

على أننا نرى قبل الانتقال الى تحديد مدلول لفظة « مصدر » ان نلفت النظر الى تفرقة فكرة القانون بوصفها المجرد عن النظام القانونى بوصفه التطبيقى .

اننا نقصد بالقانون كفكرة مجردة تلك الحقيقة الطبيعية الثابتة فى كل زمان مكان وهى أن لكل مجتمع قانوناً ينظم نشاط أعضائه أوبتعبير آخر نقصد الفكرة كمعنى فى ضمير أعضاء الجماعة .

---

(١) قارن :

P. Cuche — Pour une meillure terminologie juridique, archives de philo - sophie pu droit, 1937, 1, p. 203

(٢) قارن :

Ubrich Scheuner — L'influence de droit interne sur la fondation du droit internarional,

مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٣٩ عدد ٦٨ جـ ١ ص ١٥٨

(٣) قارن :

Giorgio del Vechio - Il concetto del diritto, 1906

أما القانون كقواعد فهو الأحكام التى تخاطب أشخاص القانون وتنظم نشاطهم (١) .

وحتى نزيد مقصودنا توضيحاً نقول إن الثابت هو حاجة كل مجتمع الى قانون أى أن فكرة القانون – من حيث هى وبغض النظر عن تحقيقها بقواعد – تعتبر ضرورة لكل مجتمع وظاهرة طبيعية لازمة لقيام ذلك المجتمع فهى عنصر من عناصر الطبع الاجتماعى الانسانى .

واذن فالقانون من حيث هو فكرة يعتبر حقيقة لازمة لكل مجتمع بحيث اذا قلنا قانوناً استتبع ذلك حتما توافر مجتمع واذا قلنا مجتمعا تضمن ذلك تبعاً ولزاما وجود قانون ، وهى فكرة طبيعية شأنها فى ذلك شأن أية ظاهرة طبيعية فى المجتمع مثل الهواء والماء وغير ذلك من ظواهر الطبيعة التى لاغنى عنها لقيام المجتمع والتى تكون فى مجموعها العناصر الفردية التى يجب أن تجود بها الطبيعة لضمان حياة ذلك المجتمع .

أما قواعد القانون فهى تشخيص لفكرة القانون أوبعبارة أخرى هى الصورة المادية التى يرسمها أعضاء المجتمع لتحديد سلوكهم ونشاطهم بطريقة ملزمة لانها عبارة عن الاحكام التى يستقر عليها أعضاء المجتمع ويعترفون لها بصفة الالزام تحقيقاً للفكرة المستقرة فى ضمائرهم وهى ضرورة القانون لمجتمعهم .

---

(١) ذلك أنه لكى يثبت الطبع المدنى أو الاجتماعى للانسان لابد من توافر مجموعة عناصر يتكون عن تحققها هذا الطبع ، ومن بين تلك العناصر استقرار فكرة القانون فى ضمير الانسان . وقد عبر ابن خلدون عن تلك الحقيقة بقوله : " ان الاجتماع الانسانى ضرورى . ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم الانسان مدنى بالطبع أى لابد له من الاجتماع الذى هو المدنية فى اصطلاحهم ، وهو العمران .. وان الواحد من البشر غير مستقل بتحصيل حاجاته فى معاشه .. وأن البشر لا يمكن حياتهم ووجودهم الا باجتماعهم وتعاونهم على تحصيل قوتهم وضروراتهم . واذا اجتمعوا دعت الضرورة إلى المعاونة واقتضاء الحاجات ومد كل واحد منهم يده الى حاجته التى يأخذها من صاحبه ، لما فى الطبيعة الحيوانية من الظلم والعدوان بعضهم على بعض ويمانعه الآخر عنها .. فيقع النزاع المفضى الى المقاتلة .. فاستحال بقاؤهم فوضى دون حاكم يزع بعضهم عن بعض " .

راجع مقدمة ابن خلدون ، المطبعة البهية ، مصر – ص ٣٥ ، ٣١٤ ، ١٦٢ ، ١٦٣

والمثل يوضح ما نقول : فحاجة الانسان الى الأكل كى يعيش هى فكرة مستقرة فى ضمير المجتمع وظاهرة طبيعية ولذلك يحرص الناس على أن يتبلغوا بما يقيم أودهم وذلك بأكل ماهو لازم لحياتهم فيتناولون أنواعاً من الطعام تتفق والبيئة التى يعيشون فيها والعمل الذى يؤدونه .

وفى المثل الذى سقناه حاجة الانسان الى الطعام هى فكرة وهى تقابل فى رأينا السالف القانون كمعنى ، أما الطرق التى يمارسونها لحفظ حياتهم عن طريق المأكل فهى قواعد تحقق الفكرة وهى تقابل فى رأينا قواعد القانون .

أما العلاقة بين القانون كفكرة والقانون كقواعد فسنحددها فيما بعد .

تحديد لفظة « مصدر » :

للفقهاء مذاهب شتى فى تفسير معنى كلمة « مصدر » ولعل أكثرها شيوعا قولهم بأن القاعدة القانونية لها نوعان من المصادر (١) مصادر طبيعية غير مباشرة توحى بها وتستمد منها القاعدة روحها وسبب وجودها كضرورات الحياة من اجتماعية واقتصادية وغير ذلك ، ومصادر وضعية مباشرة تستمد منها القاعدة مظهر وجودها وكيانها الخارجى . وهناك من يستند فى تفسير المصدر الى الوضع القائم — وهو الرأى الوضعى — فيرى أن الرضا هو المصدر الوحيد المباشر للقانون الدولى أما غيره فمن مصادر الاستدلال .

وآخرون يستندون الى موضوع المصدر — وهو الرأى الموضوعى — ولذلك يميزون بين المصادر المنشئة للقواعد القانونية (وهى المصادر الحقة للقانون) والمصادر الشكلية لهذه القواعد (وهى وسائل الاعراب عن قواعد القانون أى المعاهدات الدولية والعرف الملزم) (٢) .

---

(١) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ١٩
الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٧٩

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ٢٨

ونحن لا نقر التقسيم الأول الذى يقسم المصادر الى طبيعية غير مباشرة ووضعية مباشرة ، فهو قد جعل من المصدر غير المباشر جماعا لعناصر قد تتنافر ، ومثال ذلك أنه اعتبر مبدأ العدالة مصدراً غير مباشر وفى ذات الوقت اعتبر أن ضرورة تنظيم العلاقات الدولية مصدر غير مباشر كذلك مع أن فكرتى العدالة والضرورة قد لا تتفقان عملا فاذا تعارض المصدران فكيف تنشأ القاعدة .

كذلك وصف المصدر المباشر بأنه مصدر وضعى ووصف المصدر غير المباشر بأنه مصدر طبيعى وهو بذلك جمع بين الفكرتين الوضعية والطبيعية دون تنسيق وتحديد وتعرض بذلك لما وجهناه من مآخذ على كل من الفكرتين.

أما الذين يستندون فى تفسير المصدر الى الوضع القائم أو الى موضوع المصدر فهؤلاء يسايرون منطقهم فى تحديد الاساس الملزم للقانون وقد سبق لنا أن ناقشنا هذه الآراء تفصيلا فى الفصل الأول من بحثنا وأوضحنا قصورها لذلك سنسير فى تحديد مفهوم كلمة « مصدر » على طريقتنا الخاصة .

وعندنا أن لكلمة مصدر معنيين أصليين :

فهى قد تدل على منبع الشىء والأساس المنشىء له أو القوة الخالقة ، وبهذا المعنى نقول إن الله هو مصدر الحياة .

وهى قد تعنى الدليل المثبت أوالمحقق ، وبهذا القصد نقول أن القلب مصدر الحياة .

وتستعمل لفظة « مصدر » فى الفقه الإسلامى بالمعنيين السالفين فيقال إن مصدر الشريعة الاسلامية سماوى (بمعنى أساسها المنشىء) كما يقال إن مصدر الشريعة الاسلامية هو القرآن والسنة . الخ (بمعنى دليلها الشرعى)(١).

---

(١) راجع المحامى صبحى محمصانى – فلسفة التشريع الاسلامى – طبعة سنة ١٥٠ ص ١١ – ١٨

وكلمة « مصدر » على المعنيين السالفين قد تكون ذات مفهوم مثالى ، وقد تكون ذات مفهوم واقعى وقد تكون ذات مفهوم شكلى . ونرى أن نوضح تلك المفاهيم كمقدمة لتحديد الفكرة فى القانون الدولى العام .

نعنى بالمفهوم المثالى مفهوما معنوياً يفسر المصدر على أنه بداية مطلقة ليست بحاجة الى تبرير . والمصدر بهذا المعنى لا يقوم بالنسبة للقانون من حيث هو قواعد لأن النظام القانونى يجب أن يكون له تبريره الاجتماعى والاقتصادى . الخ (١) .ودراسة المصدر بهذا المعنى لها صبغة لاهوتية لأنها تثير مسألة العلاقة بين العقل وخالق الحياة وحافظها باعتبار أن خالق الحياة هو البداية المطلقة .

على أن المفهوم المثالى وان انتفى بالنسبة للقانون كقواعد فانه قائم بالقياس الى القانون كفكرة لأننا فى هذه الحالة نعالجه كفكرة معنوية مجردة . واذا أردنا أن نحدد المصدر المثالى للقانون كفكرة نجد أن نقطة البداية لكل اعتبار متعمق فيه هو تحقيق العدالة التى تعتبر — كما قال أفلاطون — المهمة الأولى للانسان وللمدينة polis (٢) . ذلك أن فكرة العدالة حقيقة معنوية سابقة فى الوجود على كل الظواهر الاجتماعية الخاصة ، إنها فكرة تعمل فى كل الظواهر الاجتماعية وتكون منطق التصرف الواعى فيها ولذلك فانها تسمو فى النهاية على كل البقاء الاجتماعى . فلا غرابة بعد هذا أن نقول إن القانون كفكرة انما هو مستوحى من فكرة العدالة (٣) .

---

(١) فنحن لا نقر القول بأن القانون يجد تبريره فى نفسه لأن هذا القول ينتهى الى الاقرار للقواعد التحكية بصفة القانون .

راجع :

A. G. Comte - Système de politique positive, Iv, appendice, 30. partie, p. 102

(٢) Erich Kauffmann - Règles générales du droit de la paix.

مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٣٥ عدد ٥٤ ص ٤٥٩

(٣) قارن مونتسكيو — الفصل الأول من كتابه « روح القوانين » حيث قال :

" Avant qu'il y eût des lois faits, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent en defendant les lois positives c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle tous les rayons n'étaient pas égaux."

ووسيلة التعرف على العدالة هى العقل (١) ، لأن العقل هو الذى يجعلنا نفهم الطبيعة ونتخذ منها موضوعاً للدراسة والبحث وهو المعيار الذى نستعين به للحكم موضوعياً على ما هو صحيح أوغير صحيح ، أو بتعبير آخر على ما هو عادل وما هو غير عادل .

والذى يترتب على قولنا هذا بالنسبة لفكرة القانون هو :

١ — ان القانون كمعنى ليس ظاهرة نفسانية اذ رغم أنه فكرة تفتعل فى نفوسنا فان عقلنا هو الذى يتعرف عليها كمعنى يسمو على الضمير الفردى ، ذلك أن العقل الموضوعى انما يكشف عن نفسه فى الضمائر الشخصية البشرية التى تساهم فيه والتى تعلو على شخصيتها الخاصة على حسب درجة مساهمتها لكى تحصل فى نطاق هذه المساهمة على خاصية التعرف على أفكاره .

٢ — ان فكرة القانون ليست مجرد ترجمة للوقائع الاجتماعية فى قواعد وانما هى أعلى من تلك الوقائع وهى التى تحكم عليها .

واذ أن فكرة القانون تصدر عن فكرة العدالة وهى الغاية التى يسعى النظام القانونى الى تحقيقها فان العقل هو وسيلة التعرف عليها .

ونظراً لأن فكرة العدالة — كمعنى — فكرة ثابتة فى كل زمان ومكان كما قلنا فطبيعى أن العقل البشرى اذا توافرت له ذات الظروف يسعى الى تحقيق العدالة بذات المظهر . ومن هنا توجد أحياناً مبادىء موحدة هى فى ذاتها — أى بطبيعتها — ليست ثابتة فى كل زمان ومكان ولكن قد يتوافر لها الانتشار والثبات حقبة من الزمن بوصفها المفهوم الموضوعى الذى تعارف عليه العقل البشرى لفكرة العدالة فى النظام القانونى ، مثال ذلك مبدأ تعويض الفرد الذى يتسبب بدون وجه حق ومبدأ حماية الأمن والسلم الدوليين ، فالأول

---

(١) قال تعالى فى سورة البلد "وهديناه النجدين" فدل بذلك على أن العقل هو وسيلة التعرف على الخير والشر وما هو عادل وما هو غير عادل .

يوجه القانون الداخلى الخاص، والثانى يوجه القانون الدولى العام (١) . وسنورد فيما يلى توضيحاً أكثر . لذلك نستطيع أن نقول إنه وان كانت فكرة العدالة فى ذاتها واحدة لا تنقسم — لأن العدالة العليا تختلط عند الخالق الأعلى بالحكمة العليا والحب الأعلى — الا أن الأمر يختلف بالقياس للناس فالعدالة والحكمة والحب بالنسبة لهم فضائل متميزة ، وعلى هذا فان فكرة العدالة — رغم عدم قابليتها بطبيعتها للانقسام — انما تكشف لنا عن نفسها فى اشكال مختلفة يمكن أن نجمع ملامحها الأساسية فى التقسيمات التالية :

(أ) العدالة التبادلية Commutative والعدالة التوزيعية distributive (٢)

كان أرسطو هو أول من ميز بين هذين النطاقين من العدالة .

فالنطاق الاساسى للعدالة التبادلية هو الملكية الخاصة والعقود والمبادىء التى تحكم هذا النطاق هى الضمير التعاقدى Foi Contractuelle ، واحترام الحقوق المكتسبة بطريق نظامى Respect des droits dûment acquis وهى مبادىء ليست بحاجة الى تشريع لاقرارها لأنها من المبادىء التى تعارف عليها العقل البشرى ولا زال يقرها كقواعد أساسية تصلح فى عمومها لأن تحقق فكرة العدالة فى مختلف الأنظمة القانونية . ولذلك فانها تطبق تلقائياً مالم يوجد نص صريح يخالفها .

ويوجد بجانب هذا النطاق نطاق آخر حيث تملى المصالح الخاصة وضع مبادىء معينة وهنا لابد من النص الصريح على هذه المبادىء حتى يمكن السير

---

(١) قارن
Gitta - La renovaiton du droit international sur La base d'une communauté juridique du genre humain, 1919.

ويرى أن ما يعتبر عادلا هو الأهداف والتصرفات اللازمة موضوعيا لنظام وأمن وحفظ وتطور جماعة الجنس البشرى . والأخذ بهذا الرأى فيه تعميم يضفى عليه غموضا يسمح لكل بأن يدرج تحت التعريف ما يهوى .

(٢) كاوفان — المرجع السابق — ص ٤٦٢ وما بعدها .

عليها وهذا النطاق هو ما يسمى بالعدالة التوزيعية ، ولذلك تعتبر العدالة التوزيعية هي المهمة الرئيسية للسلطة التشريعية .

(ب) العدالة التقاصية compensatoire والعدالة الانتقامية vindicative :

مهمة العدالة التقاصية هي تأكيد الحفاظ على المساواة في القانون بمعنى تحقيق التعادل بين التصرفات المتقابلة حيث أن النشاط الاجتماعي يسبب سوء توزيع القيم ويخل بالمساواة ، كما في حالة جريمة مثلا فانها اذا سببت ضرراً للمال يحكمها مبدأ التعويض العيني فاذا تعذر كان التعويض نقدياً .

وتتميز العدالة التقاصية من العدالة الانتقامية رغم قيام الاثنين — من حيث الأساس — على الفكرة المشتركة للمقاومة في أن المقاصة التي تهدف اليها العدالة الانتقامية تتغاضى عن الضرر الذي أصاب الكيان العام للمجتمع فتعاقب المسيء ، والمبدأ الذي يسيرها هو ايجاد تناسب بين فعل المسيء والعقاب . ولكن هذا التناسب ليس تناسباً حسابياً لأنه يأخذ بعين الاعتبار القاعدة المنتهكة وصفة الأشخاص المذنبين .

(ج) العدالة الاجرائية procédurale والعدالة الدستورية constitutionelle :

لا تقف العدالة عند موافقة التصرفات للمبادىء، بل تستلزم كذلك أن تتم تلك التصرفات طبقاً لاجراءات معينة ، فالضمير القانوني لا يرضى الا اذا استندت التصرفات الى اجراءات عادلة ولذلك يبطل الاجراء الذي لا يراعي تلك الاجراءات .

واذا كانت مهمة العدالة الاجرائية تنظيم الاجراءات بقدر الامكان على أساس تحقيق المساواة بين أطراف تصرف معين . فان العدالة الدستورية تعمل على توزيع وظائف وسلطات الجماعة ولذا فان مبدأ المساواة يضعف في نطاق العدالة الدستورية عنه في نطاق العدالة الاجرائية .

والمبادىء التي تحكم العدالة الدستورية هي حق التوجيه والتصديق والرفض والشورى بغرض التوجيه وممارسة بعض النفوذ .

أما وقد استعرضنا أهم الأشكال التى تكشف العدالة عن نفسها فيها فاننا نحب أن نوضح أن ما أسلفناه من تفسير لفكرتى العدالة والقانون لا يعنى أننا نعتمد المذهب التقليدى لمدرسة القانون الطبيعى بل نحن نختلف عنه من ناحيتين رئيسيتين :

الأولى : اننا لا نقر بوجود مبادىء قانونية عامة ثابتة فى الطبيعة ويقوم العقل البشرى باكتشافها لتحقيقها فى القانون الوضعى وتكون لها العلوية على القواعد الوضعية ، بل ولا نعترف بوجود مبادىء قانونية طبيعية ، ذلك أن الاقرار بوجود فكرة العدالة كمعنى طبيعى لا يعنى أن هذه الفكرة مكونة من مبادىء معينة وأحكام محددة على العقل أن يكتشفها ، وانما هى فى تصورنا معنى مجرد يهتدى اليه العقل ويستقر فى الضمير البشرى فى شكل مجرد ، أما تحقيقها بمبادىء وضعية فلا يعنى أن هذه المبادىء كانت فى الأصل قانوناً طبيعياً لأن تشخيص فكرة العدالة المجردة فى صورة مادية كقواعد تختلف باختلاف الزمان والمكان وان صح أن يتشابه هذا التشخيص أو يعم وأن يستمر حقبة قد تطول أو تقصر بسبب تشابه الظروف وتماثل الأحوال ، ولكن هذا التوحيد هو وليد المصادفة البحتة ولا يرجع الى طبيعة التشخيص فى ذاته .

ومن ثم فان المظاهر المختلفة التى عرضنا لها فيما سلف لمفهوم العدالة بحسب منطق عقلنا الراهن يمكن أن تتغير مستقبلا اذا ما دعت الى ذلك ظروف الزمان والمكان ، كما أن بعضها لم يكن فيما مضى على ذات الصورة التى عرضناها .

الثانية : مترتبة على الأولى فنحن لا نعتبر فكرة العدالة مصدراً لقواعد النظام القانونى وانما هى الغاية التى يرمى اليها النظام القانونى والهدف الذى تسعى قواعده الى تحقيقه . وفكرة العدالة ــ وهى معنى مجرد ــ ولدت فكرة القانون ــ كمعنى مجرد كذلك ــ الا أنها ليست مصدراً للقواعد القانونية التى تحكم سلوك الجماعة فعلا ، ذلك أن كل ما لفكرة العدالة من أثر هو أنها

تثبت فى ضمير الناس عن طريق عقولهم فكرة ضرورة اقامة قواعد قانونية ملزمة لتنظيم سلوكهم ، أما فحوى هذه القواعد فلا يصدر عن العدالة وانما يتغيا العدالة ، وتبعا فالعدالة بالنسبة لهذه القواعد ليست مصدراً وانما هى هدف أى أنها معيار يمكن به الحكم على سلامة وصلاحية القواعد اذ طبيعى أن تتحدد تلك السلامة بمدى تحقيق الهدف .

ولذلك نقول إن فكرة العدالة ترتبط بقواعد النظام القانونى برابطة السبب بالمسبب وليس برابطة المصدر بالأثر . وهناك فرق بين فكرتى السبب والمصدر فى الدراسات القانونية ، فالسبب هو الغرض المباشر أو هو بتعبير آخر الجواب عن سؤالنا لماذا نلتزم (١) . أما المصدر فقد سبق لنا توضيح معناه .

وبدهى كذلك أن السبب ليس هو الارادة وانما هو الغرض المباشر الذى تتجه اليه الارادة فهو ليس عنصراً من عناصر الارادة يتوحد معها بل هو عنصر متميز عنها . ولكن نظراً لأن الارادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه الى سبب ، أى دون أن ترمى الى غرض تهدف لتحقيقه ، فان السبب وان تميز عن الارادة فهو متصل بها اتصالا وثيقاً ، فحيث توجد الارادة يوجد السبب ولا تتصور إرادة لا تتجه الى سبب الا اذا صدرت عن غير وعى كارادة المجنون . ولما كانت الارادة لا يعتد بها الا اذا صدرت عن وعى وتمييز فان الارادة المعتبرة قانوناً لابد لها من سبب .

---

(١) راجع محمد عبد الرازق السنهورى – الوسيط فى نظرية الالتزام ج ١ ص ١١٩ ، و٤١٣ ، ٤١٤ . ويتكلم فقهاء القانون المدنى عن السبب فى معرض حديثهم عن عناصر الالتزام العقدى ، فالسبب عندهم لا يكون عنصرا فى كل التزام بل يقتصر على الالتزام العقدى ، أما الالتزام غير العقدى فلأنه لا يقوم على ارادة الملتزم لا يترك مجالا البحث عن السبب . ومعنى هذا أن فكرتى السبب والارادة مرتبطتان ، فعندما تكون الارادة هى مصدر الالتزام لابد أن يقوم سبب لهذا الالتزام . وسنرى فيما بعد أن مصدر التزام أشخاص القانون الدولى العام بقواعده الوضعية هو ارادتهم الشارعة ، ومن ثم فنحن لم نخرج عن النطاق الذى تصوره المدنيون اذا أخذنا بفكرة السبب ونحن بصدد تفسير التزام أشخاص القانون الدولى بالقواعد الدولية الوضعية مادام أنها ذات مصدر ارادى .

واذا رجعنا الى المثل الذى سقناه من قبل نجد أن فكرة الابقاء على الحياة هى سبب القواعد التى يسير عليها الناس فى مأكلهم ومشربهم وملبسهم ، ولكنها ليست مصدراً لهذه القواعد . كذلك فكرة العدالة هى سبب للقواعد التى تنظم سلوك أعضاء المجتمع ولكنها ليست مصدراً لهذه القواعد .

ومن ثم يمكن أن نخلص الى الحقائق الآتية :

١ — القانون — كفكرة مجردة — بمعنى أنه فكرة تمثل معنى فقط هو لزوم قيام قواعد تنظم سلوك المجتمع (دون تفصيل أو حتى اجمال لفحوى تلك القواعد) يعتبر فكرة طبيعية أى عنصراً من عناصر قيام المجتمع فى كل زمان ومكان . ولذلك قلنا فيما سلف إن الفوضى فى مجتمع ما هى عدم العدالة.

٢ — مصدر القانون — كفكرة مجردة — أى أساسه المنشىء هو فكرة العدالة ، أما مصدره بمعنى الدليل المثبت له فهو العقل البشرى (١) .

٣ — القانون — كفكرة مجردة — ليس مصدراً للقواعد القانونية الوضعية وانما هو كفكرة العدالة التى هى منبعه — سبب هذه القواعد .

٤ — ما دام أن فكرة العدالة هى سبب القواعد القانونية والغاية التى تهدف تلك القواعد الى تحقيقها فان مدى صلاحية تلك القواعد يقاس بمقدار تحقيقها لتلك الغاية ، واذا تجردت القواعد القانونية من العدالة تماماً فانها تفقد سببها وتبعاً تنتفى عنها صفة القانون .

بقى علينا بعد ما أوضحناه عن المفهوم المثالى للفظة « مصدر » أن ننتقل لتوضيح مفهومها الواقعى(٢) .

واضح أننا نقصد بالمفهوم الواقعى معنى يختلف تماماً عن المفهوم المثالى فقد رأينا أن المفهوم المثالى ذو صبغة أيديولوجية تدور فى نطاق معنوى خالص ، أما المفهوم الواقعى — كما يستفاد من اسمه — فيدور فى النطاق

---

(١) نحن لا نقصد بالعقل المنطق فحسب وانما نعنى به كل مقومات الذكاء البشرى .

(٢) سبق أن قلنا إن لفظة مصدر لها مفهوم واقعى وهذا هو المعنى الذى نوضحه فى المتن .

المادى الملموس ، ولذلك فان مصدر القانون الوضعى هو المصدر بمعناه الواقعى وذلك بوصف أن كلا من القانون الوضعى والمصدر بمعناه الواقعى هما فكرتان ماديتان فمن المقبول منطقا أن ترتبط الفكرتان برابطة مصدرية وذلك على خلاف المصدر بمفهومه المثالى ، فهو فكرة معنوية خالصة ، وقد يكون من غير المقبول منطقيا أن نربط بينها وبين القانون الوضعى — وهو حقيقة مادية — بعلاقة مصدرية .

والآن ما هو المفهوم الواقعى لكلمة « مصدر » ؟ نمهد لذلك بتوضيح أن الفكرة الغالبة فى فقه القانون الداخلى تسير على أن السيادة مصدرها الأمة أى أن ارادة الشعب هى مصدر السلطات (١) . واذا كان اصدار القانون مظهراً من مظاهر ممارسة السيادة الداخلية ، فمعنى ذلك أن مصدر القانون هو ارادة الشعب أو بتعبير آخر ارادة أعضاء الجماعة الداخلية . ويباشر هؤلاء الأعضاء حقهم فى اصدار القانون بشكل مباشر عن طريق العرف أو بشكل غير مباشر عن طريق الجهاز الذى يفوضونه باصدار التشريع . ومن ثم فالعرف قانون يصدر عن الارادة الشارعة لأعضاء الجماعة بطريق مباشر والتشريع قانون يصدر عن تلك الارادة بطريق غير مباشر .

ونحن لا نرى ما يمنع من نقل ذات الفكرة الى محيط الجماعة الدولية فنعتبر أن الارادة الشارعة لأعضاء تلك الجماعة هى مصدر القانون الدولى بمعنى أنها هى منبعه وأساسه المنشىء ، أما العرف والمعاهدات فمصدر له فى معنى الدليل المثبت والمحقق .

وفكرتنا هذه تساير ظروف مجتمع يؤمن بنظرية السيادة الأمر الذى يبعدنا عن الواقع الملموس لو أننا نشدنا الأساس المنشىء للقانون فى غير الارادة الشارعة لأشخاص الجماعة الدولية . ولذلك يمكن أن نقول إن المصدر بمعناه الواقعى يعنى الارادة الشارعة لأشخاص الجماعة الدولية .

---

(١) الدكتور محسن خليل — النظام الدستورى — ص ٢٠

ان الثابت هو عدم وجود مشرع دولى بالمعنى الصحيح ، أى أن الجماعة الدولية لم تعرف بعد جهازاً يختص باصدار التشريع الدولى ولا ينتظر أن تعرف هذا الجهاز خلال تطور قريب . والثابت كذلك أن هناك قواعد تحكم السلوك الدولى ويجب أن توصف بأنها قانون ، وأن هذه القواعد تتخذ صورة عرف أو معاهدة (أو غير ذلك من الصور على خلاف بين الفقهاء) .

ومن ثم فاذا أردنا ألا نجافى الواقع الجارى فعلينا أن نقر بأن مصدر القانون الدولى العام وأساسه المنشىء هو الارادة الشارعة لأشخاصه (١) .

ونحن نقصد بالارادة الشارعة الارادة التى تعبر عن السلطة وذلك تمييزا لها عن الارادة العادية وهى التى تعبر عن الرغبة . وقولنا هذا لا يعنى أن لشخص القانون ارادتين بل هى ارادة واحدة تختلف تسميتها بحسب النية التى توجهها ، فان صدرت عن نية ممارسة السلطة فهى ارادة شارعة ، وان صدرت عن نية تحقيق رغبة عادية فهى ارادة عادية .

والقول بأن الارادة الشارعة هى مظهر السلطة يقودنا الى التساؤل عما اذا كان جميع أشخاص القانون الدولى العام يتمتعون بارادة شارعة ، أم أن هذه الارادة قاصرة على بعض هؤلاء الأشخاص دون البعض الآخر ؟

للاجابة على هذا التساؤل نرى أن نحدد أولا من هم أشخاص القانون الدولى العام (٢) .

---

(١) اذا كانت هذه الفكرة هى السائدة فى القانون الداخلى فانها تعتبر — فى رأينا — الزم بالنسبة للقانون الدولى العام .

(٢) فكرة الشخصية القانونية الدولية أو بتعبير آخر تحديد أشخاص القانون الدولى العام محل جدل فقهى كبير لا مجال لتفصيله فى هذا البحث ، ونحن انما نستعرضها فى عجالة كتوضيح سريع فى حدود ما نراه لازماً لهذه الدراسة .

لعل أول من عنى من الفقهاء بدراسة الشخصية القانونية الدولية دراسة متعمقة هو الفقيه الايطالى أنزيلوتى (١) الذى انتهى الى أن الشخصية القانونية تفصح عن العلاقة بين وحدة معينة وبين نظام قانونى معين ، فان من يخاطب بأحكام قانون معين يعتبر شخصاً من أشخاص ذلك القانون . وقد رتب أنزيلوتى على ذلك أنه لا يوجد شخص قانونى بطبيعته ، وانما يوجد الشخص القانونى بفعل النظام القانونى وفى النطاق الذى يرسمه ذلك النظام (٢) .

وعلى هذا فان أشخاص القانون الدولى العام هم من يخاطبون بأحكام ذلك القانون . ورغم الترحيب الذى قوبلت به نظرية أنزيلوتى فانها لم تخفف من حدة الخلاف الذى قام بين الفقهاء حول تحديد من هم المخاطبون بأحكام قانون الشعوب ولذلك تعددت النظريات فى هذا الخصوص .

كانت النظرية الراجحة فى القرن التاسع عشر تقصر الشخصية الدولية على الدول ذات السيادة فحسب (٣) ، ولكن النظرية قوبلت بدخول الدومنيون عصبة الأمم فاضطر بعض أنصارها الى تعديلها والقول بأن كل دولة — سواء كانت ذات سيادة أم لا — يمكن أن تكون شخصاً من أشخاص القانون الدولى (٤) .

وقد ذهب رأى الى أبعد من هذا ، فأضاف البابا والمنظمات الدولية الى الدول ، وجمع البعض الى هؤلاء الفرد كذلك ، وتطرفت نظرية فقصرت الشخصية الدولية على الفرد فحسب واعتبرت أنه هو وحده المخاطب بأحكام

---

(١) أنزيلوتى — المرجع السابق — ص ١٢١ وما بعدها .

(٢) راجع فى معيار الشخصية الدولية — الدكتورين حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ٦٧ وما بعدها .

(٣) J.G. Bluntschli — Le droit international codifiè, trad. française de Lardy, 4e. ed., Paris 1886, p. 64.

(٤) L. Oppenheim — International Law, 7e. éd. ,par H. Lauterpacht, 1948, pp. 113, 114.

القانون الدولى العام (١) لأن الدولة ليست سوى خلق صناعى ينتهى تحليله الى وحدة أفراد هم فى الحقيقة المخاطبون بأحكام القانون .

ومن المناقشة السريعة للنظريات السابقة يتضح لنا أن قصر الشخصية الدولية على الدول وحدها هو مجافاة للواقع لأن القانون الدولى العام لم ينحصر فقط فى العلاقات بين الدول فحسب بل هناك أحكام دولية تخاطب البابا (وهو ليس دولة فى ذاته) ، كما أن المنظمات الدولية أصبحت — منذ الحرب العالمية الأولى — هى الأخرى مخاطبة بأحكام القانون الدولى العام (٢) . ولذا نرى أن النظرية التقليدية لم تعد صالحة .

كما أن الرأى (٣) الذى يجعل من الفرد وحده شخص القانون الدولى العام يتعارض هو الآخر مع الحقيقة لأن قصر الشخصية الدولية على الفرد وانكارها على الدولة يعنى أن الجماعة هى مجموعة أفراد فحسب فى حين أن الدولة ليست مجرد مجموعة من الأفراد ارتبطوا ببعضهم البعض بروابط من الحقوق والواجبات والأمر والخضوع ، بل هى كذلك مجموعة من الناس تسيطر عليهم فكرة هدف أسمى هو سبب هذه الوحدة وهو الذى يحدد المراكز المتقابلة داخل النظام الاجتماعى . وهذه الحقيقة من النظام السيكولوجى والأخلاقى والقانونى هى التى تكون الدولة وتجعل لها الحق فى أن تتمتع بشخصية قانونية فى الداخل والخارج أى سواء فى نطاق العلاقات الداخلية حيال المواطنين أو فى النطاق الدولى . ولذا لا نقر النظرية التى تجعل من الفرد وحده شخص القانون الدولى ، ونرى أن الأفراد اذ يبرمون اتفاقات دولية انما يتصرفون باعتبارهم أجهزة للشخص القانونى الذى يتمتع بالشخصية القانونية (٤) .

---

(١) B. Akzin — Membership of the Universal Postal Union, 1933, pp. 138-140.

(٢) قازن — الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٢٥٧

(٣) N. Politis — Le problème des limitations de la souveraineté et la theorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux.

(٤) مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٢٥ ج ٦ — ص ٣—٩

لا جدال فى أن الدول كانت ولا زالت ذات دور مسيطر فى الحياة الدولية ولكنها ليست هى وحدها التى يخاطبها قانون الشعوب ، ولذا وجب أن نعترف بالشخصية الدولية لهؤلاء المخاطبين .

ويدق الأمر بالنسبة للفرد عند تطبيق المعيار الذى وضعه أنزيلوتى وذلك بسبب الأوضاع الدولية الحالية ، وتفصيل الأمر أن الفرد وان كان لا يكتسب الحقوق ولا تفرض عليه الالتزامات الدولية عادة الا عن طريق دولته (١) الا أن هناك بعض الحالات التى لا نخطىء اذا قلنا إن القانون الدولى العام قد خاطب فيها الفرد مباشرة .

وقد أورد سيجال (٢) مثلين لمعاهدات جعلت من الفرد شخصاً تخاطبه أحكام القانون الدولى العام مباشرة . أولهما أنه فى سنة ١٩٠٧ – إثر الحرب بين هندوراس ونيكاراجوا – عقد مؤتمر للسلام فى واشنجتن حضره ممثلو جمهوريات أمريكا الوسطى الخمس ، وقد أقر ذلك المؤتمر عدة اتفاقات أحدها فى ٢٠ ديسمبر وينص على اقامة محكمة عدل لهذه الدول فى كرتاجو بكوستاريكا . وقد سمح نظام تلك المحكمة لرعايا الدول المتعاقدة برفع الدعوى مباشرة ضد أية دولة من دول أمريكا الوسطى . أما المثل الثانى (٣) فهو ما جاء فى معاهدات السلام سنة ١٩١٩ اذ أقيمت محاكم تحكيم مختلطة لبحث

---

(١) وقد دعى هذا بعض الفقهاء الى انكار الشخصية القانونية على الفرد لا سيما أولئك الذين يفهمون المخاطبة بقواعد القانون على أنها مخاطبة شكلية (جورج مانر – النظرية المادية للفرد فى القانون الدولى – المجلة الأمريكية للقانون الدولى ، عدد يوليو ١٩٥٢ – ص ٤٢٨ وما بعدها) .

مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٢٩ ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) Schulim Segal- L'individu en droit international positif, thèse, Paris, 1932, p. 42 et s et p. 73 et s.

(٣) ذكر الدكتور غانم – المرجع السابق ، هامش ص ٢٩٤ – ان الأستاذ ميركين جيتز فتش يقرر أن ميثاق الأمم المتحدة قد أتى بفكرة جديدة مقتضاها الاعتراف بشخصية محررة للانسان بعد أن كانت علاقته بالقانون الدولى تأتى عن طريق الدولة ، كما أن الميثاق قرر ضرورة احترام حقوق الانسان .

المتعلقة بخسائر الحرب ونصت م ٢٩٧ من معاهدة فرساى — والنصوص المقابلة لها فى معاهدات السلام الأخرى — على أن للأفراد الحق فى أن يتقدموا الى هذه المحاكم مباشرة بما لهم من طلبات ضد دولة أجنبية . ومن ثم يمكن أن نعترف للفرد فى بعض الحالات بالشخصية الدولية .

بعد هذا العرض السريع نعود الى سؤالنا وهو تحديد أشخاص القانون الدولى العام الذين لهم حق خلق قواعد القانون بارادتهم الشارعة .

وأول ما نحب أن نقرره فى هذا الخصوص أن اقرارنا للفرد بالشخصية الدولية لا يعنى عندنا الاعتراف له بارادة شارعة خالقة لأحكام القانون الدولى العام . ولكن كيف يفسر هذا القول ؟

يمكن أن نستعين فى توضيح رأينا هذا بفكرة هانس كلسن (١) فى أن أشخاص القانون الدولى العام الذين يتمتعون بحق التعاهد تجمعهم خاصة مميزة هى أنهم يكونون جماعات قانونية ، ذلك أن حق التعاهد — أى حق ابرام المعاهدات الدولية — هو صورة من الصور التى تهمنا هنا ويمكن أن نقيس عليها لأن المعاهدات الدولية هى احدى المصادر الاثباتية للقانون الدولى الوضعى وتبعاً فمن له حق التعاقد يكون له أصلا ارادة شارعة .

ونحن نستعير من قول كلسن هذا فكرة الجماعة القانونية التى جعلها شرطاً يميز أشخاص القانون الذين لهم حق التعاهد . فاذا عممنا هذا الشرط بالنسبة لقواعد القانون الدولى الثابت منها فى شكل مكتوب والثابت منها فى شكل غير مكتوب ، استطعنا أن نحدد من لهم ارادة شارعة من أشخاص القانون الدولى العام . وعلى ذلك نقول إن أشخاص القانون الدولى العام الذين يتمتعون بالارادة الشارعة هم الذين يكونون جماعات قانونية .

واذ أن تكوين جماعة قانونية يحتاج الى تنظيم سياسى واختصاص تشريعى أو لوائحى ، فان هذا يربط الارادة الشارعة بالاختصاص التشريعى بمعنى

---

(١) **Hans Kelsen : Contribution à la théorie du traité international.**
المجلة الدولية لنظرية القانون سنة ١٩٢٦ ص ٢٢١ ، ٢٦٢

أن الارادة الشارعة لا تتوافر الا لدى أشخاص القانون الدولى العام ذوى الاختصاص التشريعى (١) . وعلى هذا المعيار لا يملك الفرد – فى النطاق الدولى – ارادة شارعة لأنه وان جاز أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الدولى العام الا أنه يفتقر الى خاصية التنظيم والاختصاص التشريعى .

وربما كان هذا الرأى فى حاجة الى مزيد من التوضيح بالنسبة للمنظمات الدولية (٢) اذ قد يبدو عند النظرة الأولى أن هذه المنظمات ليست مزودة باختصاص تشريعى ، ولكننا لو دققنا النظر لوجدنا أن هذه المنظمات تتمتع باختصاصات تشريعية لأغراض ادارية داخلية ، ومن الأمثلة على ذلك القوانين الادارية التى أصدرتها عصبة الأمم كنظام موظفى أمانة العصبة ونظام محضرى محكمة العدل الدولى الدائمة ، والحال مماثلة بالنسبة للأمم المتحدة . وهكذا يبين أن المنظمات الدولية هى من أشخاص القانون الدولى العام الذين يتمتعون بارادة شارعة .

ونخلص من كل ما سلف الى أن المصدر المنشىء لقواعد القانون الدولى العام هو الارادة الشارعة لأشخاص هذا القانون فيما عدا الفرد على أساس تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية .

أما مصدر قواعد القانون الدولى العام – بمعنى الدليل المثبت والمحقق – فهو العرف والمعاهدات (والمبادىء العامة للأمم المتمدينة وغير ذلك من مصادر يعددها الفقهاء على خلاف بينهم فى تحديدها) .

---

(١) ومن ثم فان الجماعات التى تتمتع باختصاص ادارى تنفيذى فحسب ولا يكون لها اختصاص تشريعى لا تملك تبعاً ارادة شارعة فى المعنى الذى نقصد اليه وعلى ذلك فان المقاطعات الايطالية التى تتمتع حالياً باستقلال ادارى ذاتى – ومحافظات الاقليم الجنوبى من الجمهورية العربية المتحدة – ليست لها ارادة شارعة .

(٢) راجع الدكتور محمد حافظ غانم – المنظمات الدولية سنة ١٩٥٨ ص ٥٤ ، ٥٥

وهناك رأى بأن المنظمات تتمتع بالأهلية الدولية وليس بالشخصية الدولية ، أما نحن فنرى أن الأهلية خصيصة من خصائص الشخصية لأن الأهلية هى مكنة استعمال الحقوق والالتزام بالواجبات ، وهذه المكنة لا تتوافر الا تبعاً لتوافر الشخصية التى هى الصلاحية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات .

وقولنا هنا لا يدخلنا فى زمرة مدارس المصدر الوضعى بالمعنى الذى أسلفناه لأنه يتجنب ما سبق أن وجهناه من انتقاد الى تلك المدارس .

فهو أولا لا يربط بين القانون والقوة لأنه لا يجعل القانون احتكاراً للدولة بل يسمح لارادات أخرى بأن تساهم فى خلق قواعده وهى ارادات أشخاص القانون الدولى العام الآخرين (عدا الفرد) (١) .

كما أنه يبرر كيف أن القانون يصدر عن ارادة أشخاص القانون الدولى العام ومع ذلك يلزمهم ، ذلك أن الارادة الشارعة تحكم الارادة الخاصة وتبعاً فما يصدر عن أشخاص القانون الدولى العام من تصرفات طبقاً لاراداتهم الخاصة يجب أن يكون متفقاً مع التنظيم الذى رسمته اراداتهم الشارعة ، ثم ان القواعد القانونية محكومة بالسبب الذى صدرت من أجله وهو تحقيق فكرة العدالة . وقد سبق أن أوضحنا أن فكرة العدالة تقضى بأن تكون القواعد القانونية التى تخلقها الارادة الشارعة لأعضاء الجماعة ملزمة لهم . ويمكن أن نقول — مع التشبه بفكرة هانس كلسن عن الهرم القواعدى — إن كافة قواعد النظام القانونى تتشكل فى هرم تغلفه فكرة العدالة — وهذا هو الذى يفسر صفة الالزام التى للقواعد القانونية حيال أشخاص القانون رغم أنها من خلق اراداتهم الشارعة لأن فكرة العدالة تعلو على ارادة أشخاص القانون وتحكم عليها وتشكل المنطق الواعى فيها وهذا هو ما يمكن أن نسميه بمبدأ المشروعية الذى يقضى بأن القانون وان صدر عن الدولة الا أنه يلزمها كذلك .

ولا يقتصر دور العدالة على تفسير الصفة الملزمة لقواعد النظام القانونى فحسب بوصفها سبب تلك القواعد بل انها تحكم كذلك على قواعد هذا النظام — كما سبق أن ذكرنا — من حيث أن كل قاعدة لا تحقق العدالة تعتبر قاعدة فاقدة لسببها وتبعاً يسقط عنها وصف القانون .

---

(١) وتبعا فان ارادة البابا — بوصفه الرئيس الأعلى للكنيسة ورئيس دولة الفاتيكان — وارادة المنظمات الدولية يمكن أن تكون ارادة شارعة .

وحرى بنا أن نؤكد أننا لا نساير بهذا قول فقهاء القانون الطبيعى بوجود قواعد من القانون الطبيعى يجب أن يتوخاها القانون الوضعى ، وأن القانون الوضعى اذا خالفها كانت قواعده فاسدة لأننا سبق أن أنكرنا وجود قواعد قانونية طبيعية وانما الذى نقصد اليه أن لكل مجتمع حاجاته وظروفه الاجتماعية ، وتبعاً فان مهمة القانون هى تحقيق العدالة على هدى من تلك الحاجات والظروف . ولما كانت الحاجات والظروف تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن الى زمن فان المفهوم العقلى للعدالة قد يشخص قواعد القانون العادلة على نحو يختلف باختلاف الزمان والمكان اذا اختلفت الظروف والحاجات ، أما اذا تشابهت فبديهى أن هذا المفهوم سيكون متماثلا كذلك ، على أن هذا التوافق فى القواعد القانونية وثباتها لا يعنى أنها مبادىء طبيعية عامة لكل زمان ومكان ، وانما هو نتيجة لواقعة قابلة للتغيير ألا وهى توافق حاجات وظروف هذه المجتمعات خلال فترة زمنية معينة .

وعلى هدى ما سبق نستطيع أن نقرر الحقائق التالية :

١ ــ أن الارادة الشارعة للدول وللبابا والمنظمات الدولية هى المصدر المنشىء لقواعد القانون الدولى العام (١) .

٢ ــ ما يصدر عن هذه الارادة يلزم أشخاص القانون الدولى العام تحقيقاً لسبب هذه القواعد وهو فكرة العدالة واستناداً الى مبدأ المشروعية .

٣ ــ أن الأحكام التى تتضمنها قواعد القانون الدولى العام يجب أن تهدف الى تحقيق العدالة وذلك يقرره المفهوم العقلى للفكرة على هدى من حاجات كل مجتمع وظروفه ، ولذا فقد يختلف مفهوم هذه القواعد من مجتمع الى آخر أو من زمن الى زمن وقد يتفق مع واقع الحال (٢) .

(١) قارن جوجنهايم ــ شرح القانون الدولى ، المرجع السابق ــ ص ٤٨ من الجزء الأول .

(٢) نلاحظ أن مشكلة الأساس الملزم للقانون فى معنى المصدر المنشىء لا تثور بالنسبة للشريعة الاسلامية ، ذلك أن الشريعة الاسلامية عند المسلمين هى ما شرعه الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم ، كما جاء فى الآية الكريمة من سورة الشورى : " شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى " وقوله تعالى فى سورة المائدة : =

بقى فى الكلام عن المصدر أن نشرح مقصودنا بالمصدر فى مفهومه الشكلى . اننا نعنى بمدلول المصدر الشكلى الأدلة التى يحددها المشرع للقاضى كى يتحرى منها قواعد القانون .

والمصدر فى هذا المفهوم لا يكون الا دليلا مثبتاً أو محققاً فلا يقوم المعنى المنشىء بالنسبة للمصدر الشكلى(١) لأننا أوضحنا فيما سبق أن المصدر المنشىء لقواعد القانون هو الارادة الشارعة ، ومن ثم فان هذه الارادة الشارعة تملك تحديد الأدلة التى تثبتها وتحققها .

والمثل البارز الذى يمكن أن نسوقه فى النطاق الدولى للمصدر بمفهومه الشكلى هو نص المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل — الملغاة والحالية — ويقرر أن على المحكمة أن تطبق :

(ا) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التى تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة .

(ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

(ج) مبادىء القانون العامة التى أقرتها الدول المتمدينة .

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين فى القانون العام فى مختلف الأمم .

ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون مع مراعاة أن الحكم لا يكون له قوة الالزام الا بالنسبة لمن صدر بينهم وفى خصوص النزاع

= "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا" وفى سورة الجاثية : "ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولاتتبع أهواء الذين لايعلمون " فالشارع الأول اذن هو الله عز وجل الذى أنزل مبادىء الشريعة الاسلامية بما فيها من دين ومن قضاء أو أحكام قانونية . أما القرآن والسنة والاجماع والقياس وغير ذلك من أصول التشريع الاسلامى فهى الأدلة الشرعية ، أى المصادر المثبتة والمحققة للشريعة الاسلامية .

(١) هناك فريق من الفقهاء يرون أن القضاء مصدر من مصادر القانون الدولى .

الذى فصل فيه . على أن هذا لا يخل بما للمحكمة من سلطة الفصل فى القضية وفقاً لمبادىء العدل والانصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك .

ونرى من المناسب الآن أن نجمع رأينا عن مصدر القانون الدولى العام فى ايجاز حتى تظهر الفكرة فى صياغتها المتماسكة (١) .

---

(١) قارن ما جاء فى الجزء الأول من الكتاب الذى نشره Majid Khadduri and Herbert J. Liebensy بعنوان Law in the Middle East الفصل الخامس عشر عن القانون الدولى الاسلامى تحت عنوان Nature and Sources of Law ٣٥١–٣٥٢ ونصه :

The Islamic law of nations, as part of the Shari 'à, may be regarded as an effort to rationalize the relations of a society with the outside world in which chaos and connflict predominated. The aspiration was order. In the same way that natural law was regarded as the ideal legal order consisting of the general maxim of right and justice, so was Islamic law looked upon as the ideal system designated by God, the author of Nature, for the Muslims. Man cannot make law, for the Shari 'à, as a divine law, tolerates no other law than its own. Just as natural law exists in nature, to be discovered by reason, so the Shari'à as an Islamic natural law, was revealed to, or "discovered" by, the Prophet Mohamad. In the basis of Muhammad's revelations and Traditions the law was later developped by the jurist theologious who made use of analogy and consensus for the interpretation and elaboration, if not for the "discovery", of devirative laws. In theory the source of law is Allah, the head of the Islamic State, who alone is the fountain of right and justice. Man can only obey, and in his attempt to consummate his obedience to law he realizes his religious ideal. Divine law is infallible. It includes dogma as well as social and political rules, for in the Islamic State, the religious and the political are not separate aspects of life. Law has the character of a religious obligation, at the same time it constitutes a political sanction of religion.

The divine law, it is held, existed in a complete heavenly book which was revealed piecemeal to the Prophet Muhammad. But his flow of divine legislation was not possible after Muhammad's death, since the caliphs ever not entitled to communicate with the divine legislater. The need for further legislation, however, was pressing as the Islamic State was rapidly expanding and new situations necessarily arose. New sources of law had to be used, if the State was to continue its relations with the outside world. The Musulim juristheologians undertook the matter and developped the so-called fiqh or muslim jurisprudence. The doctors of fiqh did not, in theory, make new law, they only developped a system which enabled them to deduce derivative laws from the Qur'àn, the sunna, and such other sources as analogy and consensus which were accepted by the various schools of law. In the early conduct of the Islamic State opinions of the caliphs as well as their practices ever often allowed as rules of international law, but such rules were regarded valid as law only after they were sanctioned by tradition, analogy or consensus. =

رأينا هو أن قواعد القانون الدولى العام من خلق الارادة الشارعة لأشخاص القانون الدولى ــ عدا الفرد ــ وهم حالياً الدول والبابا والمنظمات الدولية .

والارادة الشارعة مقيدة فى نشاطها هذا بفكرة العدالة التى ترتبط بها برابطة المسبب بالسبب ، وبمجرد أن تصدر قواعد القانون وطالما أنها تتمتع بالفعالية تلزم جميع أشخاص القانون الدولى العام . ونظراً لأن هذه القواعد يجب أن تحقق العدالة ، والعدالة فى نطاق الجماعة الدولية هى بحسب المفهوم الحالى لها تحقيق السلم والأمن الدوليين ، فان القواعد التى لا تتغيا هذه العدالة يكون مقضياً عليها وتعتبر غير صالحة .

ولا يهم لتوافر صفة القانون لهذه القواعد قيام جزاء مادى يحميها أولا ما دام أنها تطبق بعقيدة أنها ملزمة ، وما دام أن عدم اقترانها بجزاء مادى مرجعه عدم توافر الوسيلة لذلك بعد . فاذا توافرت امكانية تحقيق جزاء مادى للقاعدة وجب اعمال ذلك الجزاء حماية للقاعدة واستكمالا للشكل الفنى للنظام القانونى .

ورأينا السالف وان جمع بعض أسسه من النظريات التى استعرضناها فيما سلف سواء منها مدارس المصدر الطبيعى أو مدارس المدرس الوضعى فانه ــ فيما نعتقد ــ يتلافى بقدر الامكان المآخذ الجوهرية التى سبق أن وجهناها لتلك المدارس جميعا ونحاول التوفيق بين النواحى الصحيحة فيها على نحو منطقى . والذى نحب أن نؤكده بهذه المناسبة أن رأينا يتفادى النقد الذى يوجهه بعض الفقهاء لنظرية ارادة الدولة وهو أن القانون وجد فى صورة

= Analized in terms of the modern law of nations, the sources of the Islamic law of nations conform to the categories defined by modern jurists and the statute of International Court of Justics, namely agreement, custom, reason, and authority The Qur'àn represents the authoritative source of law, the sunna is equivalent to custom, rules expressed in treaties with non muslims fall in the category of agreement, and the opinions of the caliphs and jurists, based on legal deduction and analogy, may be regarded as reason. Such opinions, fatwas, or decisions had great influence in tho development of the law.

عرف فى الجماعات البشرية الأولى قبل أن يوجد المشرع بالمعنى الصحيح بل وقبل أى تنظيم حقيقى لسلطة الجماعة (١) ، فكيف مع هذا يقال إن القانون ينبع من ارادة الدولة ، أو بتعبير آخر ان ربط القانون بارادة الدولة يخالف الواقع التاريخى اذ وجد القانون فى عصر سابق على قيام الدولة .

واضح أن هذا النقد لا يقوم حيال نظريتنا لأننا لم نربط القانون بالدولة ولم نقل بأن القانون من خلق ارادة الدولة بوصفها دولة وانما بوصفها عضواً فى الجماعة الدولية ، ولذلك لم نقصر مهمة خلق القانون على ارادة الدولة وحدها بل قلنا إن الارادة الشارعة لكل من البابا (٢) والمنظمات الدولية يمكن أن تخلق قواعد القانون كذلك . وتبعاً فكما أن القانون الداخلى وجد تاريخياً بوجود الأعضاء فى الجماعة وكان خلقاً مصدره ارادة أعضاء تلك الجماعة فكذلك القانون الدولى وجد بوجود الجماعة الدولية وهو من خلق الارادة الشارعة لأعضائها الذين يملكون تلك الارادة . ولا نغالى اذا قلنا بعد هذا التوضيح إن النقد السالف الذى يوجه الى المذاهب الارادية ان لم يكن يؤكد مذهبنا ويزكيه فهو على الأقل لا يعارضه .

---

(١) Yvoun Gouet : La coutume en droit constitutionel interne et en Droit constitutionel international, 1932, p. 41.

(٢) للبابا نشاط مزدوج فهو عندما يتصرف بوصفه رئيسا لدولة الفاتيكان يعقد اتفاقات تماثل الاتفاقات التى ترتبط بها الدول الأخرى ، مثال ذلك الاتفاق بين البابا وايطاليا بشأن النقد والمبرم فى ٢ أغسطس ١٩٣٠ وانضمام دولة مدينة الفاتيكان الى اتفاق البريد العالمى باستكهلم بناء على مذكرة البابا المؤرخة فى ٢٥ مايو ١٩٢٩ فهذه كلها اتفاقات ذات صفة زمنية ، أما اذا تصرف بوصفه الرئيس الأعلى للكنيسة الكاثوليكية فانه يعقد اتفاقات دينية .

وهى أيضا تخضع لأحكام القانون الدولى العام — راجع :

Jean Hubes : concordats : Le droit de conclure des traités internationaux.

الفصل الثالث

فى

تحديد العرف ومكانه فى القانون الدولى العام

العناصر التى يتكون منها العرف :

لم يتفق الفقهاء على العناصر التى يتكون منها العرف ، ويرجع اختلافهم الى عدم قبولهم لتعريف موحد للعرف .

ولكن أغلب الفقهاء يجمعون على أن العرف هو « مجموعة من الأحكام القانونية نشأت من تكرار التزام الدول لها فى تصرفاتها مع غيرها فى حالات معينة بوصفها قواعد ثبت لها فى اعتقاد غالبية الدول المتحضرة وصف الالزام القانونى(١) » .

ومن هذا التعريف الغالب يتبين أن العرف يتكون من عنصرين هما(٢) :

١ — عنصر مادى cousuetude يتكون من تكرار ممتد ومستمر لذات الوقائع الخارجية .

---

(١) الدكتوران حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ٣١ — وفى معرض تعريف العرف قال N. Negulesco الذى كان قاضياً بمحكمة العدل ، فى الرأى الاستشارى رقم ١٤ الصادر بشأن اختصاص اللجنة الدولية للدانوب ما نصه :

La coutume internationale... n'a pu se produire car il n'y a ni faite repétée depuis un temps immemorial, ni conscience juridique commune.

وقارن بذات المعنى التعريف الذى قال به :

R. Capitant au Conferenee Stage des Avocats au Conseil d'Etat.

والمنشور فى Gazette du palais 20—21 févriér 1950.

(٢) Charles Rousseau — Droit International Public, 1953, p. 64, 65.

٢ ــ وعنصر نفسانى ــ أو معنوى ــ opinio juris sive nessesitatis ويتكون من الاعتقاد بالصفة الملزمة للعادة (التى خلقت بتوافر العنصر المادى) . ونتولى كلا من العنصرين بمزيد من التوضيح .

العنصر المادى :

نقصد بالعنصر المادى ــ كما أسلفنا ــ التكرار الممتد المستمر لذات التصرفات .

والفقهاء الذين يشترطون توافر هذا العنصر يستلزمون لقيامه ضرورة تحقيق العناصر الآتية :

١ ــ أن يكون التكرار بواسطة الأجهزة المختصة فى الدولة . مثال ذلك ما حصل أثناء الحرب العالمية الأولى بشأن الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر ، فقد أوضح الأستاذ Eugéne Borel (١) أن هذه الجمعيات التى تكونت فى كل دولة قد ترتب على سلوكها أن نشأ عرف يعطى لهذه الجمعيات حق الاستعلام عن الأسرى والقيام بتسلم وتسلم المراسلات والطرود الموجهة اليهم أو منهم وهكذا ، وقد علق على ذلك بأنه ما كان لمثل هذا العرف أن يتكون لولا تدخل الأجهزة المختصة فى كل دولة .

٢ ــ يجب أن يمثل التكرار عمومية من حيث المكان واستمراراً من حيث الزمن ، ذلك أن العرف يستند الى رأى عام ، وتبعاً فلابد أن يكون التطبيق عاما بمعنى أن يكون الاقرار بقاعدة العرف مجرداً من كل اعتبار خاص ، ونحن لا نعنى بهذا أن العرف يجب أن يكون دائماً ذا صفة عالمية وانما نقصد العمومية بالنسبة للنطاق الاقليمى الذى يطبق فيه ، ذلك أن العرف قد يكون نتاج ظروف أو اعتبارات خاصة بعدد معين من الدول أو بمنطقة محددة من العالم ، وهنا تتقيد به تلك الجماعة أو المنطقة (٢) . كذلك لا تعنى

---

(١) Eugéns Borel : L'organisation internationale de la Croix rouge, مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٢٣ جـ ١ ص ٥٩١

(٢) الدكتور أبو هيف ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣

العمومية أن تمارس جميع الدول ذات التصرف فى الحالات المماثلة بل يكفى أن تكون ممارسة التصرف صادرة من أغلبية أعضاء الجماعة الدولية ، لأن العمومية ليس معناها الاجماع (١) .

أما الاستمرار الزمنى فانه ليس من السهل توضيح المقصود به ولكنهم يقولون به بوصف أن هذا الاستمرار يدل على أن العرف قد أصبح مقبولا أو بتعبير آخر أنه ينسجم مع الفكرة المسيطرة .

ولم يذكر القضاء كثيراً عن هذا العنصر ولكنا نستطيع أن نسوق مثالا لذلك من حكم المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الذى أصدره القاضى Gray فى قضية Paquette Habana اذ قال ما ترجمته : « طبقا لعادة قديمة بين الدول المتمدينة قديمة منذ بضعة قرون وقد نضجت على التدريج فى قانون الشعوب ... (٢) » .

٣ — أن يكون التكرار متعلقاً بواقعة ايجابية positif ، وطبيعى هنا أن الواقعة الايجابية لا تثير اشكالا ، ولكن السؤال يثور بالنسبة للامتناع ، هل يجوز أن يكوّن الامتناع الركن المادى للعرف ؟

لا جدال فى أن هناك حالات يعتبر التصرف السلبى فيها بمثابة موافقة ، ومثال ذلك التصرفات السلبية بالنسبة لما يمس السيادة الاقليمية من قرب فهنا يأخذ الموقف السلبى حكم الموقف الايجابى . ويذكر بعض الفقهاء مثالا لذلك العرف الذى سمح بالمرور البرىء للسفن الحربية الأجنبية فى المياه الاقليمية فقد تكون عن طريق عدم اعتراض الدول على ذلك .

على أنه يجب ملاحظة أن تطور القانون الدولى يترتب عليه صعوبة تحديد الحالات التى يمكن فيها أن يعتبر التصرف السلبى بمثابة موافقة لأنه كلما

---

(١) الدكتوران حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ٣٤

(٢) قضية Moore's Digest, Paquette Habana ، ج ١ ص ٨ وسنرى فيما بعد أن شرطى العمومية من حيث المكان والاستمرار من حيث الزمان — شأن باقى شروط الركن المادى — هى وسائل للتأكد من قيام العرف واثباته وليست عناصر لازمة لتوافره .

تحددت أحكام القانون الدولى العام كلما صعب الاعتراف للامتناع بصفة اثباتية ، وهذا أيضاً هو الميل الذى تتجه اليه الدول حالياً فهى عادة لا تحبذ منح الامتناع صفة الموافقة القانونية لأن موقفها السلبي كثيرا ما يرجع الى اعتبارات من المناسبة وليس الى رغبتها فى عدم الاعتراض أو الموافقة الضمنية .

وقد تعرضت محكمة العدل الدولية الدائمة لبحث ما اذا كان الامتناع يكون العنصر المادى فى العرف أم لا وذلك فى منازعة اللوتس حيث كان عليها أن تقرر ما اذا كان امتناع الدول باستمرار ، وعلى سبيل التكرار ، عن محاكمة قبطان السفينة المسئول عن حادث تصادم يجرى فى البحر العام أمام محاكمها الوطنية قد كون قاعدة عرفية تحتفظ بحق المحاكمة فى تلك الحالة لدولة العلم ، وانتهت المحكمة الى أن تلك الحالة لم تكون بعد قاعدة عرفية (١). أى أن المحكمة قبلت مبدأ أن التصرفات السلبية يمكن أن تكون العنصر المادى فى العرف الدولى ولو أنها رأت فى الحالة المعروضة عليها أن تكرار الامتناع لم يكن قد وصل بعد الى تكوين عرف دولى فى هذا الخصوص . على أن المحكمة تحفظت فى رأيها اذ اعترفت للامتناع بدور فى تكوين العرف بشرط أن a été motivé par la conscience d'un devoir (٢) . أى أنها استلزمت أن يقترن الامتناع بالعنصر المعنوى . ولذلك يتردد الفقه فى الاقرار للامتناع بصفة اثباتية فى الأمور التى تدخل فى النطاق التقديرى compétence discrétionnaire للدولة وفى هذا يقول جورج سيل :

---

(١) راجع حكم المحكمة الصادر فى ٧ سبتمبر ١٩٢٧ – مطبوعات المحكمة Serie A; No 10.

(٢) راجع فى ذلك :

J.L. Brierly : Criminal competence of States, committee of Experts for the Progressive Codification of Public International Law, League of Nations, 1926, v. 7, p. 2.

وقد لاحظ أنه ليس من السهل أن نستنبط الأساس الذى تقيم عليه الدولة عملها من تطبيق تسير عليه فى أمورها القضائية :

Since we cannot safely argue from the fact that it assumes jurisdiction only in certain cases that it regards these cases as the only ones in which the assumption of jurisdiction would be legitimate".

En ce cas, les simples abstentions ne nous paraissent pas pro - batoires des actes positifs seraient necessaires pour fonder la coutume(1) .

٤ — يجب أن يتعلق التكرار بتصرف ذى صفة دولية اذ أن العرف اعراب عن ارادة الدولة (أو غيرها من أشخاص القانون الدولى) وذلك عن طريق اتيان تصرف مادى وضعى فى معنى الفكرة العامة .

على أن الأمر لا يبدو سهلا عملا ذلك أن تصرف الدولة له مظهران : مظهر داخلى ومظهر خارجى ، فلو فرضنا مثلا أن الدولة أصدرت تشريعاً داخلياً يحوى مبادىء من القانون الدولى العام ، فهل يعتبر ذلك بمثابة تصرف ذى صفة قانونية دولية أم لا ؟ الذى نراه أن تكرار هذا النص فى تشريعات الدول المختلفة يجعل التصرف ذا صفة دولية على نحو ما سنوضح عند الكلام عن المبادىء العامة فى قوانين الدول المتمدينة وعلاقة العرف الدولى بها (٢) .

٥ — يجب أن يقوم التكرار على أساس التبادل (٣) . ومن ثم فان الأعمال المماثلة التى تأتيها دولة من جانبها لا تكون عرفا ولا تقيد هذه الدولة ، ولذلك فان غالب العمل الدولى يجرى على أن الدول التى تتجاوز تشريعاتها الداخلية الحدود التى رسمها القانون الدولى العام بمعنى أن تشريعها الداخلى يسخو عن القانون الدولى العام ويمنح امتيازات أكثر — يجرى العمل الدولى على أن تلك الدول لا تلتزم بتطبيق هذه النصوص حيال الدول الأخرى وليس للدول الأخرى أن تتمسك بهذه النصوص فى منازعاتها مع الدول صاحبة مثل ذلك التشريع (٤) . وقد ثارت تلك المسألة عدة مرات فى العمل

(١) G. Scelle — Précis de droit des gens. جـ ٢ ص ٣٠٩

(٢) وقد ذكر القاضى الأمريكى Strong فى الحكم الذى صدر باسم المحكمة العليا الأمريكية فى منازعة Scotige سنة ١٨٧١ — وهى تتعلق بتصادم بحرى — أن كثيرا من العادات التى لها قوة التشريع اليوم ذات أصل فى النصوص التشريعية لدولة واحدة مثل القانون الرودى الذى كان فى بدايته قانونا لجزيرة رودس — راجع : Moore's Digest, t. 1, p. 3.

(٣) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٢١

(٤) الريخ شوينر — المرجع السابق — ص ١٦٨

الدولى ، ونسوق مثلا لها فى منازعة الالاباما اذ أرادت الولايات المتحدة أن تؤيد وجهة نظرها بقانون انجليزى صدر سنة ١٨١٩ بدعوى أن هذا القانون يعطى للحكومة البريطانية أن تضع الالاباما تحت الحراسة فى الوقت المناسب ، ولكن المذكرة البريطانية دفعت هذا الادعاء بأنه غير مبرر ولا مقبول (١) .

وتبعاً لشرط التبادل يرتب بعض الشراح أن الدول المتمدينة لا تتقيد بقواعد عرفية فى علاقاتها بالدول الهمجية غير المتمدينة ما دام أن هذه القواعد العرفية نشأت فى نطاق العالم المتمدين (٢) .

على أن شرط التبادل لا يعنى — كما سبق أن أوضحنا — ضرورة أن تجمع كل الدول على تكرار السلوك اذ يجوز أن تقوم قاعدة العرف بين عدد معين من الدول دون اعتراض من الدول الأخرى وعندئذ يتوافر العنصر المادى للعرف بالقياس الى الجماعة الدولية ، كما أن بعض القواعد العرفية قد تدعو إليها اعتبارات خاصة بمجموعة معينة من الدول فلا تتقيد بها سوى هذه المجموعة فحسب (٣) .

---

(١) Moore's Digest t. 1, p. 567 et s.

(٢) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٢٢ ، ٢٣ ونحن نؤيد ما ذهب اليه من أن قصر تطبيق تلك القواعد على الدول المتمدينة فيما بينها قد يكون فيه كثير من التعصب والتعسف لأن مبادىء العدالة والانسانية ليست وقفاً على هذه الدول ، وانما هى الجنس البشرى عامة .

(٣) مثال ذلك مذهب توبار الذى يمنع من الاعتراف بالحكومات التى تنتج عن انقلاب أو تقوم إثر ثورة ، فهو لا يصلح الا لدول أمريكا الوسطى فحسب .

كذلك قد تدعو ظروف استثنائية الى الخروج عن حكم العرف فى حالة فردية ، ومثال ذلك اقرار محكمة العدل بسلامة المرسوم الملكى النرويجى الذى صدر سنة ١٩٣٥ ، وذلك فى منازعة المصايد بين النرويج وبريطانيا التى حكم فيها بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٥١ رغم مخالفته للقواعد العرفية فى ذلك الخصوص .

على أننا يجب ألا نفهم من وجود عرف خاص أو استثناء حالات فردية من حكم عرف عام لظروف استثنائية أن هذا يطعن فى فكرة توافر قواعد عرفية لأن هذه الاستثناءات ترجع الى أسباب فنية فحسب تحاول أن تستبعد عناصر عدم المساواة التى قد تحويها القاعدة العرفية عند تطبيقها تطبيقاً عاماً .

وعلى هذا يمكن أن نقول إنه يشترط لتوافر العنصر المادى فى العرف أن يأتى التكرار عن طريق الجهاز المختص بالنسبة لشخص القانون الدولى العام ، وأن يمثل التكرار عمومية من حيث المكان واستمرارا من حيث الزمان ، وأن يتعلق بواقعة وضعية ، فى خصوص تصرف ذى صفة دولية ، على أساس التبادل .

ويضيف فريق من الشراح الى هذا الركن المادى — وهو العادة أو التكرار — ركناً معنوياً هو أن تكون قد تكونت عند الدول عقيدة أن السير على مقتضى النظام الذى رسمته العادة قد أصبح واجباً قانوناً .

والعنصر المعنوى — من حيث الزمن — يسبق العنصر المادى فالعقيدة هى التى تعمل قبل الواقعة المادية وهى التى تعطيها السبب والتأكيد (١) .

وعلى ذلك فالتكرار أو العادة لا يكفى وحده لخلق قاعدة عرفية بل لابد من توافر العنصر المعنوى أى اعتقاد من يأتى هذه التصرفات بأنه انما ينفذ التزاما أو يمارس حقاً . وتبعاً لو أن حكومة ما أعفت الممثلين الدبلوماسيين المعتمدين لديها من الضرائب وذلك على سبيل المجاملة ، فان تكرارها لهذا الاعفاء لا يكون بذاته قاعدة عرفية اذ لابد لكى تكتسب العادة قوة ملزمة من أن تصدر عن عقيدة أنها ذات صفة ملزمة .

ويصف بعض الفقهاء الركن المادى للعرف بأنه الزاوية السياسية للعرف من حيث أنه هو التحقيق التاريخى للعرف ، كما يصف الركن المعنوى بأنه الزاوية القانونية للعرف بوصف أنه هو الذى يضفى المشروعية على العرف . ونظراً لأن كلا من الزاويتين متميزة عن الأخرى ولا تعارضها — عند من يشترطون توافر العنصرين من الفقهاء — فان هذا الفريق يرى أن العرف يضعنا أمام مظهر من أهم مظاهر التصرف الذى يجمع بين القوة والقانون (٢) .

---

(١) Grégoire Gianni — La coutume en droit international, p. 133.

(٢) وقد عبر عن ذلك Westlake — فى كتابه — International Law, vol. I. p.322 بقوله :

If each of their proceedings be considered separately, the ratification subsequently conceeded to it by the States affected saves it from being a substantial breach of=

وينكر بعض الفقهاء ضرورة توافر العنصر النفسانى لقيام العرف مكتفياً بتوافر الركن المادى فحسب(١) وذلك استناداً على أن اثبات توافر العقيدة صعب ان لم يكن مستحيلا(٢) ، هذا فضلا عن أنه لا يوجد أى معيار نستطيع أن نعتبره لتحديد أية الظواهر النفسانية هى التى يمكن أن تضفى على التصرفات الخارجية صفة العرف .

وربما كانت هذه الصعوبة هى سبب أن محكمة العدل أغفلت فى الغالبية الكبرى من أحكامها الاشارة الى العنصر المعنوى ولم تتعرض له الا فى النادر من أحكامها .

أما نحن فنرى أن الركن المعنوى أو النفسانى هو العنصر الوحيد الذى يجب توافره لقيام القاعدة العرفية ، أما الركن المادى فليس عنصراً من عناصر تكوين القاعدة العرفية ، ولكنه قد يتخذ كوسيلة إثبات أى أنه ان جاز أن يكون له دور فهو اثباتى بحت وليس دوراً جوهرياً ، فالعادة

=their equality and independence, leaving it open only to the charge of a want of courtsey in manner. It stands as an example of political action, not be condemned if just. But when such proceedings are habitual they present another character. They then carry the connotation of right which by virtue of human nature accretes to settled custom, and the aquiescenes of the smaller powers in them loses the last semblance of independent ratification''

(١) أنظر Sornsen : Les sources du droit international 1946, p. 198 et ss.

(٢) Pitt Cobett فى كتابه Leading cases on international Law, vol. 1. p. 5

شبه تكوين العرف بالتكوين التدريجى لطريق عبر أرض غير ممهدة ذلك أننا نشهد فى البداية آثارا متفرقة متعددة ، تكاد علاماتها لا تظهر فى الأرض ثم تبدأ فى التجمع عند مسلك واحد تهدى اليه أسباب من المناسبة والمصلحة المشتركة ويتكرر سلوك ذات الطريق فيظهر درب وحيد يسلكه بعد ذلك كل من يريد عبور المكان دون أن نستطيع تحديد لحظة معينة لنشوء هذا الدرب صالحاً للعبور .

وقد أضاف دى فيشر – المرجع السابق – ص ١٨٢ – الى ذلك التشبيه ملاحظة تكمله فى نظره هى أن عابرى الطريق بينهم من تكون آثاره فى الأرض أعمق من غيره بسبب ثقل الوزن ، أو لأن هناك مصلحة تدعوه الى تكرار سلوك الطريق ، وفيشر يشير بذلك الى الدور الهام الذى قد تقوم به بعض الدول فى تكوين العرف بسبب كونها من الدول العظمى أو لأن لها من المصالح ما دعاها الى ذلك .

قد تدفع الارادة الشارعة الى خلق قاعدة عرفية ، أو قد تثبت قيام قاعدة عرفية ولكن تكرار التطبيق ليس شرطاً لازماً لقيام العرف فقد تتوافر القاعدة العرفية من سابقة واحدة فحسب .

ومن ثم يمكن أن نعتبر العادة أو التكرار المستمر لفترة طويلة دليلا على أن القاعدة انما تطبق بعقيدة أنها ملزمة ، ولكنا لا نقبل القول بضرورة أن يتكامل العنصران معا لقيام العرف . ذلك أن العرف هو صورة من الصور التى تتشكل فيها القاعدة القانونية ، وتبعاً فان كل ما يشترط لتوافر القاعدة العرفية يجب ألا يزيد عما اشترطناه لتوافر القاعدة القانونية ألا وهو التطبيق الفعلى بوصف الالزام ولو كان ذلك التطبيق لمرة أولى (٢) . وقولنا هذا ينسجم

---

(١) يسوق بعض الفقهاء الحكم الذى أصدرته محكمة العدل فى النزاع بين بيرو وكولومبيا حول حق الملجأ – مجموعة أحكام المحكمة سنة ١٩٥٠ ص٢٧٦ وما بعدها – على أنه مثل للحالات النادرة التى ذكرت فيها المحكمة العنصر النفسانى وذلك على أساس أن المحكمة اشترطت كى تولد العادة عرفاً يجب أن تكون هذه العادة قد طبقت بوصفها قانوناً مؤيدين هذا التوضيح بأن المادة ٣٨ من نظام المحكمة لا تقر بوجود عرف الا اذا كان تطبيقه قد قبل بوصفه قانوناً **acceptée comme étant le droit** راجع الدكتور غانم – المرجع السابق – ص ٨٠–٨٢

بينما يذكر آخرون الحكم السالف على أنه مثل للحالات التى أغفلت فيها المحكمة ذكر العنصر النفسانى اذ قالت :

"Le gouvernement de la Colombie doit prouver, que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme pratiqué par les Etats en question et que cet usage traduit un droit appartenant à l'Etat octoyenant à l'asile et un devoir incombant à l'Etat territorial...

Cette coutume ne pourrait pas être opposée au Péru qui loin d'y avoir adhéré par son attitude l'a au contraire répudié".

راجع جوجنهايم – شرح القانون الدولى – المرجع السابق – ص ٤٧ . وقد أورد الحكم الصادر فى منازعة اللوتس على أنه مثل للحالة التى تعرضت فيها المحكمة للعنصر المعنوى حيث قالت :

"C'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parter de coutume internationale".

وان كان جوجنهايم يعلق على الحكم السالف بأن المحكمة لم تعر العنصر النفسانى أية أهمية رغم تعرضها له فهى قد اكتفت بذكره من الناحية النظرية ولكنها عملا لم تبحث عما اذا كان قد توفر أم لا بل انحصرت فى تقرير أن تكرار الامتناع عن ممارسة القضاء الجنائى المحلى فى حالات التصادم البحرى فى البحر العام لا يعنى أن الدول قد التزمت بذلك الامتناع .

(٢) قولنا هذا أخذ به آخرون منهم شتروب الذى يرى أن التكرار حادث عرضى يحدث عادة ولكن لا يشترط توفره لتكوين ما يسمى بالقاعدة العرفية .

مع باقى نظريتنا . ذلك أنه اذا كان العرف صورة من صور القانون ، واذا كان القانون من خلق الارادة الشارعة فلا جدل أن هذه الارادة تملك خلق القانون بتصرف واحد ، وتبعا يكون من التناقض أن نقول مع ذلك إن التكرار ركن من أركان العرف ، والصحيح أن نقول إن التكرار يجوز أن يكون وسيلة من وسائل اثبات قيام العرف .

واذا كان فى القانون الداخلى من يرى أن العرف الدستورى يمكن أن يتكون من سابقة واحدة فان الأمر ألزم بالنسبة للقانون الدولى لتوافر ذات الحكمة لأن طبيعة الحياة الدولية – كما هى الحال فى الحياة الدستورية الداخلية – قد لا تسمح بتكرار التصرفات لقلة الظروف التى تعمل بطبيعتها تطبيق القاعدة(١) .

وقولنا هذا بأن العادة ليست ركنا لازماً لقيام العرف يؤكد ما للعرف من مزايا ويستبعد الكثير مما يوجه اليه من مآخذ .

ذلك أنه يجعل العرف أكثر مرونة وتطوراً لسد ما يجد من حاجات فيقل بطؤه عن مسايرة عجلة الزمن ، اذ أننا لو تصورنا أن العرف يمكن أن يتكون من سابقة واحدة دون حاجة الى تكرار أمكن أن نسرع بالعرف لمقابلة حاجات المجتمع المستجدة (٢) .

أما الاعتراض الخاص بصعوبة تحديد العنصر النفسى فيرد عليه بأن بعض الظروف يمكن أن تسمح بتمييز العرف كأن يكون انتهاك القاعدة محل جزاء . فمثلا نجد فى التاريخ الدبلوماسى أن قواعد المرور البرىء فى المياه

---

(١) اختلف الفقهاء فى العصور الوسطى فى خصوص عدد الوقائع اللازمة لتوافر الركن المادى للعرف فى القانون الخاص فحددها البعض بعشرة ، وهبط بها آخرون الى أربعة بل والى مرتين ، وهذا الاضطراب يزكى قولنا باستبعاد التكرار كركن فى العرف .

(٢) كذلك مما يعاب على العرف أن قواعده ليست واضحة الحدود مما قد يثير منازعات حول تفسيره ، ولكن هذا له كذلك ميزته لأن صياغة القاعدة فى نص قد يؤدى الى تقييد القاضى أو الشارع باللفظ أكثر من تقيده بالمعنى . ولو أننا مع هذا نفضل تقنين العرف حتى تصاغ قواعده صياغة فنية سليمة تحسم الكثير من الخلاف على نحو ما سنوضح فيما بعد .

الاقليمية لها صفة القاعدة القانونية العرفية لأن انتهاكها يمكن أن يكون محل جزاء (١) ، فى حين أن التحية البحرية بين السفن الحربية هى مجرد عادة لأنها ليست محل جزاء صحيح فى القانون الدولى العام (٢) .

وكما أن القاعدة العرفية تتكون اذا توافرت لها الشروط السابقة فانها تنتهى كذلك بذات الوضع الأمر الذى يعبر عنه الفقهاء بقولهم إن العرف ينشىء قواعد جديدة وقد يقضى على قواعد قائمة أو يفقدها قوة الالزام ، والذى نعبر عنه نحن بقولنا إن العرف قد يثبت قواعد جديدة ، وقد يدل على سقوط قواعد قديمة أو على أنها فقدت قوة الالزام .

الخلاف حول تكييف العرف :

طبيعى بعد الذى عرضناه من خلاف بين الفقهاء حول تفسير الأساس الملزم للقانون أن تتباين آراؤهم فى تكييف العرف .

فالقائلون بأن المصدر المنشىء للقانون مصدر طبيعى يرون أن العرف ليس الا افصاحاً عن قاعدة قانونية قائمة فعلا وسابقة فى الوجود على العرف(٣) على خلاف بينهم فى طبيعة تلك القاعدة . فأنصار المذهب الطبيعى يرونها

---

(١) ولذلك حكمت محكمة العدل الدولية فى منازعة كورفو – بين المملكة المتحدة وألبانيا – بتحميل ألبانيا تعويضا قدره ٨٤٤,٠٠٠ جنيهاً مستندة الى أن سير السفن البريطانية فى المياه الألبانية يدعمه حق المرور البرىء فى المياه الاقليمية .

(٢) راجع تفصيلات أوفى

Ross — Le problème des sources de droit à la lumiére d'une théorie réaliste du droit.

المجموعة السنوية للمعهد الدولى لفلسفة القانون والاجتماع القانونى سنة ١٩٣٤ – ص ١٨٢

(٣) فارن دى فيشر – المرجع السابق – ص ٣٤٥ ويرى أن العرف ذو صفة فنية فحسب لأنه لا يعتبره سوى مصدر شكلى للقانون الوضعى والقواعد التى يصوغها ليس لها من موضوع الا اعطاء الجزاء لبعض المبادىء العامة التى تقيم نفسها بنفسها .

قاعدة من قواعد القانون الطبيعى (١) ، وأنصار المذاهب الغرائزية (٢) يرونها قاعدة يوحى بها التضامن والشعور بالتضامن أو توحى بها البيولوجية البشرية ، وذلك فى مجموع آرائهم . الا أننا لو شئنا تفصيلا لوجدنا أن فقهاء القانون الطبيعى اختلفوا فيما يتعلق بتكييفهم للعرف .

فعند سواريز يعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون الدولى لأن القانون الدولى ذاته هو نتاج العلاقات الدولية (٣) .

أما جروسيوس فيرى أن العرف فى القانون هو اتفاق ضمنى بين الناس بل ان القانون الدولى جميعه يعتمد – عند جروسيوس – على رضاء جميع الدول ، وفى هذا يقول جروسيوس ما نصه (٤) :

" Comme les lois de chaque Etat se rapportent à son avan - tage particulier, Le consentement de tous les Etats, ou du moins du plus grand nombre a pu produire entre eux certaines lois communes. El il parait qu'effectivement, on a etabli de telles lois qui tendraient à l'utilité non de chaque corps en particulier, mais du vaste assemblage de tous ces corps. C'est ce qu'on appelle (Droit des gens) lorsqu'on le distingue du Droit Naturel ".

ولذلك فسر جروسيوس القوة الملزمة للعرف على أساس نظرية الالتزام بوصف أن العرف هو رضاء ضمنى .

---

(١) راجع :
Le Fur — Le droit naturel ou objectif s'étend - il aux rapports internationaux.
مجلة القانون الدولى والتشريع المقارن سنة ١٩٢٥ ص ٥٩

(٢) نقصد بالمذاهب الغرائزية ، المذاهب التى تقيم الأساس الملزم للقانون على الغريزة سواء كانت اجتماعية عند ديجى أو بيولوجية عند سيل (وهى التى أسميناها فيما سبق بالمدارس الاجتماعية) .

(٣) Les fondateurs du droit international - L'étude de M. Basdevant p. 125 et suiv.

(٤) جروسيوس – المرجع السابق – ص ١٧

أما فيما يتعلق بالفقيه بوفندورف (١) فقد تغيرت الفكرة بعض الشيء لأنه لم يقل بما قال به سواريز وجروسيوس من ازدواج القانون الطبيعي وقانون الشعوب ، بل رأى أنهما واحد وعنده أن العرف اتفاق ضمني للدول ولكنها تستطيع أن تتحلل منه (٢) وذلك بالتكول عن التزاماتها .

وهكذا نرى أن آباء القانون الدولى من أصحاب المذاهب الطبيعية قريبون فى تكييفهم للعرف من التكييف الذى يقول به أنصار المصدر الوضعى .

فقد ذهب الفريق من فقهاء المصدر الوضعى الذى جعل ارادة الدولة هى مصدر القانون الى أن العرف هو تعبير عن الرضاء الضمنى للدول tacite conventio (٣) وهم بذلك يقابلون بين العرف وبين المعاهدات لأنها تعتبر فى رأيهم تعبيراً عن الرضاء الصريح للدول .

وقد أقام كلسن الأساس الملزم للقانون على قاعدة « الملتزم عبد التزامه » ووصف هذه القاعدة بأنها عرفية الأمر الذى يدعونا الى القول بأن العرف فى نظرية كلسن هو المصدر المنشيء للقانون (٤) . ولكن فردروس اختلف عن أستاذه فى تكييف العرف عند ما قال بنظريته التى تسمى نظرية التبعية فهو يرى أن العرف لا تخلقه العادة المستمرة لأن العادة تفترض سبق وجود قاعدة قانونية ملزمة وهى تقررها فقط عن طريق الخضوع لها . وقول

---

(١) Les Fondateurs du Droit International, Paris 1954, Etude de P. Avril, p. 331 et suiv.

(٢) مؤسسو القانون الدولى – المرجع السابق – ص ٣٥٧

(٣) راجع على سبيل المثال :

Despagnet : Cours de droit international Public, 1910.

(٤) Redslob : Histoire des grands principes du droit des gens, Paris 1923.

Karl Strupp : Elements du droit public international européen et americain v. III, Paris 1930.

وقد سايرت محكمة العدل هذا الرأى فى منازعة اللوتس – Serie A. No. 10 p. 28.
وهى بصدد بحث اختصاص النظام القانونى للدولة فى نطاقها الاقليمى حيث قالت :

"Les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci".

فردروس هذا يقترب من رأى الطبيعيين فى أن العرف ليس الا افصاحا عن قاعدة سابقة عليه فى الوجود . ونحن لا نقر أيا من التفسيرات آنفة الذكر .

فالقول بأن العرف تعبير عن قاعدة قانونية سابقة عليه فى الوجود منتقد بما أسلفناه من أنه ليس هناك قانون كامن وانما القانون هو ما يطبق فعلا . ولا حاجة بنا الى تكرار ما قدمناه من حجج فى هذا الخصوص .

كما أن تكييف العرف على أنه رضاء ضمنى يفترض الحرية فى عدم الرضاء وعدم التقيد بالالتزام اذ ما دام أن العرف رضاء فهو اذن متعلق بالحرية فالذى له أن يرضى له أيضاً ألا يرضى . كذلك ينتهى بنا تأسيس العرف على قاعدة « الملتزم عبد التزامه » الى ذات النتيجة لأن هذا يعنى أن أساس الزام العرف هو القبول ومن له أن يقبل له أن يرفض كذلك .

ومن ثم فان تكييف العرف على أنه رضاء ضمنى أو تأسيسه على قاعدة « الملتزم عبد التزامه » يهدم القانون من أساسه كما أوضحنا آنفا .

ثم إن وصف العرف بأنه رضاء ضمنى للدول لا يفسر لنا كيف تلتزم الدول الجديدة بعرف قام قبل وجودها ولم تشترك هى فى ارسائه . ذلك أن هذه الدول لم يصدر عنها من التصرفات ما يفيد قبولها الضمنى لقواعد العرف السابقة ، ولا يمكن أن نتصور أن يصدر عن دولة لم يكن لها وجود قانونى عند نشوء العرف — لا يمكن أن نتصور أن يصدر عنها من التصرفات ما يفيد مثل ذلك القبول اللهم الا اذا انتظرنا فترة بعد نشوء الدولة الجديدة لنرى هل ستأتى من التصرفات ما ينم عن قبولها الالتزام بالعرف السابق أم لا ؟ ويقضى منطق الرأى بألا نعتبر الدولة الجديدة ملزمة بالعرف السابق الا عند ما تحصل تلك التصرفات وقبل ذلك فهى غير ملزمة . ومن ثم فالدول الافريقية الجديدة يكون من حقها على هذا الأساس ألا تلتزم بالقواعد العرفية المستقرة فى الجماعة الدولية سابقاً على قيام تلك الدول ، مع أن الذى يجب ألا يكون محل جدل هو الزام العرف لأشخاص القانون

الدولى العام سواء ساهموا فى اقراره أم لم يساهموا فى ذلك (١) ، وتبعاً فان الدول الافريقية التى دخلت الجماعة الدولية مؤخراً عليها أن تلتزم بالقواعد العرفية الثابتة فى القانون الدولى العام قبل نشوئها (٢) .

كذلك تثير فكرة الرضاء الضمنى التساؤل بالنسبة للدول التى ليست لها حرية القبول ، اذ كيف نقول إن الرضاء الضمنى بالعرف قد توافر قبل هذه الدول فى حين أنها ليست لها حرية الرضاء وتبعا لا يمكن أن ننسب لها رضاء .

لذلك كان باديفان على جانب من الحق عند ما اعترض على تلك الفكرة بانياً اعتراضه على أن الصفة الملزمة للعرف انما تثبت له عن طريق الاقرار به من قبل القضاء والمحكمين لأنهم هم الذين يملكون السلطة لضمان تطبيقه (٣) . وناحية الوجاهة فى اعتراض باديفان أن القاضى فى الجماعة البدائية انما يطبق القاعدة العرفية بوصفها فرضاً من قانون الجماعة وذلك دون توقف على رضاء من تطبق عليهم تلك القاعدة (٤) .

---

(١) جانى — المرجع السابق — ص ٨—٩

(٢) يقول فردروس ان المحاكم — فى حالة الخلاف على قيام عرف دولى — لا تبحث فيما اذا كانت دولتا الخلاف قبلتا العرف أم لا ، وانما تبحث عما اذا كان العرف محل اعتراف عام فى العمل الدولى — راجع فردروس ، القواعد العامة للقانون الدولى للسلام ، مجموعة لاهاى سنة ١٩٢٩ جـ ٣ وما بعدها . وقد لجأ البعض للخروج من هذا الحرج الى فكرة القبول الضمنى أو المفترض من قبل الدول الجديدة لما استقر من قواعد عرفية سابقة ونمثل لذلك بحكم القاضى ولسن سنة ١٧٩٦ — المحكمة العليا للولايات المتحدة — منازعة Ware ضد Hylton (راجع Moores' Digest ص ٦ ورأى الفقيه الانجليزى Ferguson فى كتابه Institutes of moral philosophy.

(٣) M. Basdevant dans l'affaire du Lotus, Publications de le C.P. de J.I., Serie, C. 12e., session, p. 162.

(٤) A. Maret et G. Davy : L'évolution de l'humanité des clans aux empires, Paris, 1931.

ومن هذا نرى أن فكرة الارادة الضمنية تستند الى منطق معكوس ، اذ تستنبط الوقائع من المبادىء فى حين أن العكس هو الصحيح ، فالمبادىء هى التى تستنبط من الوقائع لأن الواقعة — فى العلاقات الدولية — انما تسبق تكييفها .

فلا غرو اذن أن ننتهى الى أن فكرة الارادة الضمنية تعجز عن تفسير الوقائع .

رأينا فى تكييف العرف :

انتهينا الى أن القانون خلق من الارادة الشارعة لأشخاصه الذين يملكون تلك الارادة .

ومن ثم فالعرف فى رأينا ليس مصدراً منشئاً للقانون الدولى العام ، كما أنه ليس تعبيرا عن الارادة الضمنية للدول . وانما هو صورة من الصور التى تظهر فيها الارادة الشارعة لأشخاص القانون الدولى العام الذين يملكون تلك الارادة . وهو ليس تعبيراً ضمنياً عن تلك الارادة ، وانما هو تعبير صريح عن تلك الارادة .

والواقع أننا لو أنعمنا النظر فى قول من قالوا بأن العرف تعبير ضمنى عن الارادة والمعاهدات تعبير صريح عن تلك الارادة (١) لوجدنا أن هذا القول غير سليم ولاتضح لنا أن كلا من العرف والمعاهدة يعتبر افصاحاً صريحاً عن الارادة وكل ما بين الاجراثين من خلاف لا يعدو أن أحدهما — وهو العرف — تعبير غير مكتوب ، والثانى — وهو المعاهدة — تعبير مكتوب . وبديهى أن واقعة الكتابة لا تبرر وصف الاجراء غير المكتوب بأنه تعبير ضمنى والاجراء المكتوب بأنه تعبير صريح . والذى يبدو لنا أن القائلين بهذا الرأى يخلطون بين اثبات الارادة وتفسير فحوى الارادة .

(١) نشير بذلك الى الرأى الذى يقول بأن العرف عقد Théorie de la Coutume Contrat ولكنه عقد ضمنى ، أما المعاهدة فهى عقد صريح .

والكلام عن التعبير الصريح والتعبير الضمنى انما يأتى عند الكلام عن تفسير فحوى الارادة ، أما طرق اثبات توافر الارادة فليس فيها طرق صريحة وطرق ضمنية ، أو بتعبير آخر ليس هناك من دليل صريح ودليل ضمنى لأن الدليل بطبيعته يكون صريحاً دائماً والا انتفى عنه وصف الدليل . ومن هذا يتضح قولنا إن ما ذهب اليه فريق من الفقهاء من أن العرف هو الارادة الضمنية للدول رأى غير مقبول لأنه يخلط بين الارادة والدليل المثبت لها . فالعرف قطعاً ليس هو الارادة وانما هو التعبير عن تلك الارادة .

وحتى لو حملنا القول على أن التفرقة صحيحة بين الارادة الضمنية والارادة الصريحة فانه يكون قولا غير مقبول — فى رأينا — بالنسبة للحالة محل الدراسة لأن الأمر يتعلق بخلق القانون .

ذلك أن خلق القانون معناه انشاء قواعد تحكم السلوك بطريق الالزام ، وهذه عملية تحتاج الى اجراء ايجابى فى حين أن الارادة الضمنية ذات نزعة سلبية . ثم كيف نقول إن القواعد التى تخلقها الارادة الضمنية تكون عرفاً فى الوقت الذى نؤكد فيه أن العرف لا يقوم الا اذا قامت العقيدة بأنه قائم وملزم . ان توافر العقيدة يعنى انعقاد الارادة بصراحة ، ومن ثم يكون من التناقض أن نقول إن العرف هو سلوك تسير عليه الدول بعقيدة أنه قاعدة ملزمة ونقرر فى ذات الوقت أنه يصدر عن الارادة الضمنية للدول .

قد يكون من المقبول أن نقول إن العادة تعبر عن الارادة الضمنية ولكنها لا تنقلب عرفاً الا اذا تحققت ارادة صريحة فى جعلها ملزمة ، وربما لا تكون هذه الارادة الصريحة واضحة للفقيه أو القاضى الأمر الذى يدعوه لأن ينقب عنها فى المراسلات الدبلوماسية والسوابق القضائية وغير ذلك ، ولكن هذا لا يعنى أنها ضمنية والا وجب — مسايرة للمنطق الذى نعارضه — بأنه اذا ثار خلاف حول استمرار نفاذ المعاهدة أو انتهائها واحتاج ذلك الى الاستشهاد ببعض الكتب التى تبادلها طرفاها أو الى غير ذلك من وسائل التوضيح ، فان قواعد المعاهدة تنقلب عندئذ من ارادة صريحة الى ارادة ضمنية (أو من تعبير صريح الى تعبير ضمنى) . وبديهى أن وصف العرف

بأنه ارادة ضمنية رتب وضعه كقاعدة فى درجة أدنى من المعاهدة التى هى ارادة صريحة لأنه لا يجوز – بحسب القواعد الأصولية فى التفسير – أن نلجأ الى مضمون الارادة الضمنية مع قيام الارادة الصريحة ، وهذه نتيجة لا تتفق مع ما انتهى اليه الكثيرون من أنصار المصدر الوضعى .

رب قائل يعترض على رأينا بأن وصف العرف بأنه مصدر ضمنى يعنى أن العرف يتمثل فى تصرفات تصدر عن الدول تفيد ضمنا قبولها للقاعدة والتزامها بها وذلك بالمقابلة للأحكام التى تدون فى المعاهدات فتفيد صراحة وفى تحديد هذا القبول والالتزام .

وردنا على ذلك أن كلا من العرف والمعاهدات يشتركان فى أنهما قد يتمثلان فى تصرفات تفيد التزام الدولة صراحة ، وقد يتمثلان فى تصرفات تفيد ضمناً التزام الدولة ، فالدولة مثلا قد تعلن صراحة التزامها بقاعدة معينة على أنها من قواعد العرف الدولى ، وهنا يكون قبول الدولة للقاعدة العرفية صريحاً وليس عن طريق تصرف يفيد ضمناً قبولها للقاعدة ، كما أن الدولة قد تعقد معاهدة تكون بعض نصوصها غامضة وتقيم التزام الدولة بقاعدة معينة على أساس القبول الضمنى استنادا الى تفسير نصوص تلك المعاهدة . أما اذا أخذنا بمنطق الاعتراض السالف فكان الواجب أن نعتبر كل تصرفات الدول التى تنم عن قبولها الصريح للقاعدة القانونية بمثابة معاهدات ولو لم تكن متكوبة ولو لم يكن هناك طرف آخر تلتزم قبله الدولة ، أما تصرفات الدولة التى تفيد ضمناً قبولها لقاعدة ما فتعتبر من قبيل العرف حتى ولو استندت الى وثيقة مكتوبة لها طرفان متعاقدان ، وهذا طبعاً قول غير مقبول وبعيد عن أن يقره المنطق القانونى .

ومن ثم فالذى نراه فى شأن تكييف العرف أنه تعبير عن الارادة الصريحة ، أو بقول آخر هو صورة من الصور التى تتشكل فيها الارادة الشارعة الصريحة لأشخاص القانون الدولى العام الذين يملكون هذه الارادة ، ومن ثم فهو دليل من أدلة اثبات تلك الارادة ووسيلة من وسائل تحقيقها

وتبعاً فانه يتعاصر – من حيث الوجود الزمنى – مع الارادة فلا يسبقها ولا يلحقها لأنها انما تتخذ شكل العرف لحظة صدورها .

ومن هذا نخلص الى أن العرف مصدر للقانون الدولى العام فى معنى الدليل ، أى أنه مثبت للقانون وليس منشئاً له .

وقولنا هذا لا يجرى عليه ما سبق أن أوردناه من نقد بشأن جعل الرضاء أساسا للعرف لأن الارادة التى تتخذ شكل عرف هى ارادة شارعة تحكمها فكرة العدالة من ناحية السبب ، ومن ثم فالارادة بوصفها شارعة انما تضع قواعد عامة مجردة أى قواعد تطبق على كافة أشخاص القانون الدولى العام الذين يوجدون فى ذات الظروف المشترطة لتطبيق القاعدة ، يتساوى فى ذلك الموجود من هؤلاء الأشخاص وقت صدور القواعد والذى يوجد بعد صدورها دون تعليق ذلك على رضاء أو قبول منهم طالما أن القواعد قائمة ونافذة .

وبوصف أن فكرة العدالة هى هدف الارادة الشارعة وسببها فان قواعد القانون تلزم من صدرت عنهم ولا يمكنهم التحلل منها بطريقة تحكمية ، بل لابد لذلك من أن يسلكوا الطرق التى يرسمها القانون .

كيفية اثبات قيام العرف :

لما كان العرف هو الصورة غير المكتوبة التى تصدر فيها الارادة الشارعة الخالقة للقانون كان طبيعياً أن نتساءل عن كيفية اثبات قيام العرف ، أو بتعبير آخر نتساءل من أى الأدلة نستمد قيام العرف .

قلنا إن التكرار هو وسيلة من وسائل اثبات العرف ، ولكن هذا القول لا يجيب على تساؤلنا ذلك أنه سواء ثبت العرف عن طريق التكرار أو من توافر سابقة واحدة فان السؤال لا يزال قائما وهو : الى أى دليل يجب أن نعود لنتزود بالقاعدة العرفية سواء أكان هذا العرف قد تكررت تصرفاته أم لا ؟

يمكن أن نجيب على هذا السؤال اجابة عامة بأنه ما دام أن القانون الدولى العام من خلق الارادة الشارعة لأشخاص القانون الذين يملكون هذه الارادة فان العرف يستمد من كل ما يصدر عن هؤلاء الأشخاص بواسطة أجهزتهم المفوضة من تصرفات تدل على توافر تلك الارادة (١) . ومن ثم فقد نعثر على اثبات العرف فى المراسلات الدبلوماسية أو التعليمات التى تصدرها الحكومات لممثليها أو التصريحات التى تصدر عن تلك الدول ، ومثال ذلك التصريح الذى أصدره المجلس الفدرالى السويسرى سنة ١٩٤٤ بأن قانون الشعوب لا يقر للدول المتحاربة بحق رقابة بريد الدول المحايدة الذى يمر باقليم الدول المتحاربة (٢) .

وقد نجد العرف فى صورة قاعدة من قواعد القانون الداخلى ، ومثل ذلك الكثير من القواعد المتعلقة بالبحر العام والبحر الاقليمى والموانى البحرية .

كذلك يمكن أن نجد فى أحكام القضاء الداخلى تطبيقاً لقواعد عرفية دولية ، ونمثل لذلك برأى مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٠/١١/١٨٠٦

---

(١) يقول جروسيوس – فيما يتعلق باثبات العرف – :

"Pour prouver l'existence du Droit de la Nature, je me suis servi des passages des philosophes, historiens, poètes, orateurs. Non qu'il faille s'y fier aveuglement, car ils s'accommodent pour l'ordinaire aux préjugés de leur secte, à a lature de leur sujet et à j'intérêt de leur cause, mais c'est que quand plusieurs personnes, en divers termes et en divers lieux contiennent une même chose comme certaine, cela doit être rapporté à une cause générale. Or, dans les questions dont il s'agit, cette cause ne peut être que l'une ou l'autre de ces deux : ou une juste conséquence tirée des principes de le nature, ou un consentement universel. La première nous decouvre le Droit Naturel et l'autre le Droit des gens. Pour distingner ces deux sortes de Droit commun, il faut considerer non les termes mêmes dont les auteurs se servent pour les designer, mais la qualité du sujet dont il est question. Car si un maxime qui ne peut être deduite des principes certains par de juste cause que ces, se trouve néammoins observée partout, on a lieu d'en inférer, qu'elle doit son origine à une volonté arbitaire".

جروسيوس – المرجع السابق – ص ٣١–٣٢

(٢) Annuaire suisse II 1945, p. 119.

المتعلق بممارسة الدولة لاختصاصها الجزائى حيال الجرائم التى ترتكب على ظهر السفينة الأجنبية فى المياه الاقليمية الفرنسية .

كما قد تحوى الاتفاقات الدولية القواعد العرفية ، ويمكن أن نمثل لذلك بالعديد من تلك الاتفاقات . ونذكر منها الآن تسوية مؤتمر فينا بتاريخ ١٩/٣/١٨١٥ فيما يتعلق بمراتب الوكلاء الدبلوماسيين ، وتصريح باريس فى ١٢/٤/١٨٥٦ عن الحرب البحرية ، والتسويات التى عقدت بين سويسرا من جهة وبين عصبة الأمم سنة ١٩٢١ ، سنة ١٩٢٦ والأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية سنة ١٩٤٦ من ناحية أخرى وذلك فيما يتعلق بما للمنظمات الدولية وما لكبار موظفيها من مزايا وحصانات .

وقد يكون القضاء الدولى أيضاً مرجعاً لاثبات العرف الدولى ، ومثال ذلك حكم محكمة العدل الدولى الدائمة فى منازعة اللوتس — التى أشرنا اليها فيما سلف — الذى اعترف للنظام القانونى الداخلى بالاختصاص الخالص فى نطاقه الاقليمى ، وكذلك يعتبر حكم المحكمة (١) الذى قرر أن مبدأ حرية البحار هو ايضاح عن قاعدة قانونية دولية ، يعتبر من قبيل الأحكام التى يرجع اليها لاثبات قيام قاعدة عرفية فى ذلك الخصوص .

والفقه يجوز أن يكون وسيلة لاثبات العرف كما قالت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى المنازعة المعروفة باسم Paquette Habana (٢) حيث ذكرت المحكمة أن المحاكم انما تستعين بأقوال الفقهاء ليس فقط لكى تتعرف على الآراء النظرية التى يعلق بها هؤلاء الفقهاء على ما يجب أن يكون عليه القانون الدولى ، بل كذلك لكى تتعرف على ما فيها من افصاح عن القانون القائم .

---

(١) Serie A. No. 10, p. 2.

(٢) Scott's cases, p. 13.

وبالجملة نكرر ما قلناه من أن كل ما يصدر عن أشخاص القانون الدولى العام ذوى الارادة الشارعة يمكن أن يتضمن دليلا على قيام العرف وقد يستفاد منه اثبات القاعدة العرفية (١) .

القوة الملزمة للعرف وعلاقته بغيره من أدلة اثبات القانون (٢) :

أوضحنا أن العرف مصدر اثباتى للقانون وتبعاً فان احترام العرف احترام للقانون ، ومن هنا تأتى القوة الملزمة للعرف . فاحترام العرف ليس اجراء من اجراءات المجاملة أو تفضلا من قبل أشخاص القانون الدولى العام ولكنه الزام عليهم ، وهذا هو الذى يفرق العرف عن العادة . واحترام الدول للعرف هو المقابل لدخولها الجماعة الدولية . وهذا هو ما أعرب عنه

---

(١) الدكتوران حامد سلطان والعريان – المرجع السابق – ص ٣٦ ، ٣٧ . والدكتور أبو هيف – المرجع السابق – ص ٢٣

(٢) ذهب جريجوار جانى – المرجع السابق – ص ١٣٥ ، ١٥١ ، ١٥٦ ، ١٥٧ – الى تقسيم العرف الى نوعين : عرف فى معنى ضيق ، وهو العرف بالمعنى الذى أوضحناه فى المتن آنفاً ، عرف بمعنى واسع وهو المبادىء العامة فى قوانين الدول المتمدينة التى ذكرتها الفقرة الثالثة من المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل . ويقول ان الفرق بين القسمين هو أن العرف بمعناه الضيق لابد أن يتوافر له الركن المادى ، فاذا فقد العرف هذا الركن كان عرفاً بالمعنى الواسع ، والفرق الثانى أن العرف بالمعنى الضيق يجب أن يتفق عنصره المعنوى مع الفكرة المسيطرة لأنه وان كان شخصياً بالنسبة لدولة معينة الا أنه يجب أن ينسجم مع ما تعتبره الدول الأخرى عادلا فى حين أن الركن المعنوى فى العرف بالمعنى الواسع يمكن ألا يكون جزءاً من الضمير القانونى للدولة المعنية أى أنه خارج عنها ولكنه مع ذلك يلزم الدولة التى لم تساهم فيه . أى أن الركن المعنوى فى العرف بمعناه الضيق يجب أن :

(ا) يؤيد بواقعة مادية .

(ب) يتكامل فى الفكرة المسيطرة .

ويضيف جانى أن العرف بمعناه الواسع يمكن أن يكشف عن نفسه ، فى مظاهر مختلفة كمبادىء القانون الداخلى والمراسلات الدبلوماسية وقضاء دول أخرى غير الدول المعنية (لأننا بغير هذا نكون فى نظر جانى أمام واقعة مادية يمكن أن تكون الركن المادى للعرف بمعناه الضيق) . وأن هذا النطاق الواسع يؤيده القضاء الدولى ويرى أن ذلك أمر منطقى لأن المعاهدات والعرف بمعناه الضيق لا يكفيان لتزويدنا بحلول المنازعات التى تعرض على القضاء الدولى .

وسنرى فيما بعد مدى صحة وجهة نظر جانى فى هذا الخصوص .

القضاء منذ أمد طويل ، فقد قال القاضي ولسن Wilson باسم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية — في حكم أصدره سنة ١٧٩٦ — إن الولايات المتحدة إذ حصلت على استقلالها ، ملزمة بأن تحترم قانون الشعوب على النحو الذي كان عليه ذلك القانون وقت حصول الولايات المتحدة على الاستقلال (١) .

وهذا أيضا هو ما قاله الوزير الانجليزي Canning في رسالة له (٢) بتاريخ ٢٥ مارس ١٨٢٧ بمناسبة الاعتراف بالمستعمرات الأسبانية التي ثارت على دولة الأصل . ولكن يحصل أحياناً أن نجد خلافاً قوياً حول توافر القاعدة العرفية ، فالآراء التي تؤيد وجودها تكاد تتعادل مع الآراء التي تنكر وجودها حتى إنه قد يصعب القول بتوافر الركن المعنوي — اللازم لقيام العرف .

وقد ثار الأمر في العمل الدولي ونسوق له مثلا فيما يتعلق باتفاقية الغاء تجارة الرقيق . ذلك أن العرف الدولي كان يسمح فيما مضى بتجارة الرقيق ثم اتضح فيما بعد أن هذه التجارة سبة في حق الانسانية ، وطبيعي أن الرأي الجديد لم يتكون فجأة ولكنه استقر على مرور الزمن ، الا أن الدول ذات المصالح الاستعمارية عارضت الاتجاه الجديد بقوة حتى أن بعضها أعلن موقفاً عدائياً من اتفاقية الغاء تجارة الرقيق .

وقد حصل أن سفينة فرنسية باسم Jeune Eugénie كانت تنقل حمولة من الرقيق فقبضت عليها سفينة حربية أمريكية عند الشواطيء الافريقية وعرضت الغنيمة على المحكمة العليا للولايات المتحدة فقرر القاضي Story رفض مطالب المطالبين بالحمولة وقال ان العرف الدولي كان يستبعد مثل

---

(١) أنظر القاضي ولسن في منازعة Moore's Digest p. 5-Hylton x Ware.

(٢) مجموعة محاضرات لاهاي Cavaglieri — Régles générales du droit de la paix. جـ ٢٦ ص ٣١٥ ، ٣٢٤

هذه الحمولة من بين الغنائم مغلبا بذلك الفكرة الجديدة (١) ، أما السفينة فقد سلمت للقنصل الفرنسى ثم أعيدت بعد ذلك لأصحابها .

غير أن المحكمة العليا لم تستقر على قضائها السالف كثيراً فقد حصل بعد ذلك فى منازعة The Antelope (٢) أن حكم القاضى مارشال بأن مبدأ المساواة بين الدول هو من المبادىء الأساسية فى القانون الدولى ، وتبعاً فلا يجوز الغاء عرف معترف به الا بالرضاء ، ولذا فان تجارة الرقيق تعتبر مشروعة بالنسبة للدول التى لم تنكل عنها .

هذا عن القوة الملزمة للعرف . أما فيما يتعلق بعلاقة العرف بغيره من أدلة اثبات القانون الدولى العام ، فقد حددت ذلك المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل — الملغاة والحالية — بقولها ان وسائل اثبات القانون هى :

١ — الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التى تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة .

٢ — العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

٣ — مبادىء القانون العامة التى أقرتها الأمم المتمدينة .

٤ — أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين فى القانون الدولى العام فى مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون .

ومعنى ما أسلفناه أن المادة ميزت بين نوعين من أدلة الاثبات :

(ا) أدلة أصلية هى المعاهدات والعرف والمبادىء العامة .

(ب) وأدلة ثانوية هى أحكام المحاكم وأقوال كبار الفقهاء .

---

(١) أنظر : Dickinson — The law of nations, p. 13—20.

(٢) ديكنسون — المرجع السابق — ص ٢٠

الا أن المادة غامضة فيما يتعلق بترتيب الأدلة الأصلية ولذلك فان بحثها يثير التساؤل عما اذا كانت المادة قد قصدت الى ترتيب الأدلة الأصلية ترتيباً تنازلياً من حيث قوة الاثبات ، أم أنها أوردت تلك الأدلة دون تفرقة بينها فى القيمة الاستدلالية .

والذى نرجحه أن المادة لم تهدف الى ترتيب ما أوردته من أدلة أصلية ترتيباً نسبياً بمعنى أن صياغة المادة لا يفهم منها ايجاد أى تفرقة فى القيمة الاستدلالية بين أدلة اثبات القانون الأصلية ، وتبعاً فهى قد تركت تحديد ذلك للقواعد الأصولية العامة فى التفسير والتطبيق (١) .

الا أننا نلاحظ على صياغة المادة عدم الدقة من ناحيتين :

الأولى أنها ذكرت أن على القاضى أن يستوحى القانون من أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين كمصدرين احتياطيين ، والذى نراه أن القضاء والفقه ليسا من أدلة اثبات القانون فى معنى أن الارادة الشارعة لأشخاص القانون الدولى العام لا تصدر فى صورة فقه أو قضاء .

فأحكام القضاء (٢) لا تصدر ممن لهم صفة التحدث باسم أشخاص القانون الدولى العام فى المجال الدولى ، أو بتعبير آخر لا تصدر عن الأجهزة المفوضة بالاعراب عن الارادة الشارعة لأشخاص القانون الدولى العام ، كما أن أحكام القضاء حسب صريح نص المادة ٣٨ سالفة الذكر هى آراء فردية لا تلزم سوى طرفى المنازعة وفى خصوص المنازعة التى عرضت على المحكمة .

---

(١) اقترح فى لجنة المشرعين سنة ١٩٢٠ أن تتبع المحكمة المصادر الأربعة بالترتيب المذكور فى المادة على أساس أن ذلك الترتيب منطقى وطبيعى ولكن الاقتراح رفض .

(٢) يذهب بعض الفقهاء ، ونذكر منهم سورنسن — المرجع السابق — ص ١٥٤ وما بعدها الى أن القضاء يعتبر مصدراً من مصادر القانون وهو رأى يتأثر بالنزعة الأنجلوسكسونية فى خصوص الدور الذى يقوم به القضاء ، الأمر الذى تأثر به الفقيه الانجليزى سير أرنولد ماكنير ولذلك أوضح فى محاضرات له نشرت فى Annuaire de l'Institut de droit international 1950, II, p. 183 et suiv. ميزة تطور القانون الدولى عن طريق خلق تشريع دولى بواسطة القضاء .

ولعل الأمر يكون أكثر وضوحا اذا فرقنا بين علاقة القضاء بوسائل اثبات القانون الأصلية — أى العرف والمعاهدات — وبين علاقة القضاء بالقانون الدولى العام مباشرة .

قد يكون القضاء وسيلة من وسائل اثبات العرف أو تفسير نصوصه أو تفسير نص فى معاهدة ولكنه ليس وسيلة مباشرة لاثبات الارادة الشارعة الخالقة للقانون . ومن ثم فالقضاء قد يكون وسيلة غير مباشرة اذا حوى تطبيقاً لقاعدة عرفية ولكنه لا يكون وسيلة مباشرة ولو كان ذلك فى صورة مصدر احتياطى .

وكذلك الأمر بالنسبة للفقه . كما أننا نغلب بالنسبة للفقه أن المشرع الذى صاغ المادة محل البحث خلط بين آراء الفقهاء من حيث هى ، وبين الدور الذى يقوم به الفقهاء من حيث اثبات وشرح ما يجرى عليه العمل الدولى وما هو مطبق فعلا بين الدول من قواعد (١) .

على أننا نحب أن نوضح أن انتقاد ايراد القضاء والفقه كمصدرين لاثبات القانون الدولى العام لا يعنى التقليل من أهمية الدور الذى يؤديانه بالنسبة للقانون الدولى العام وتطوره .

فأحكام المحاكم وما لها من حجة الشيء المقضى فيه بالنسبة للنزاع الذى فصلت فيه ، ومحاولة المحاكم أن تسير على ما سبق لها أن قررته من مبادىء فى منازعات سابقة كثيراً ما يدفع أشخاص القانون الدولى العام ذوى الارادة الشارعة الى اضفاء صفة القانون على تلك المبادىء .

ويعتبر رجوع محكمة العدل الى أحكامها السابقة من أظهر مميزات نشاط تلك المحكمة ، فكثيراً ما تقول فى حكم أو رأى لاحق إنها قررت مبدأ ما

---

(١) وهنا نذكر ما قاله اللورد Alverstone فى منازعة The King West Band Central Gold Mines من أنه كثيراً ما تكون تأكيدات الفقهاء انما هى تعبير عن آرائهم الشخصية وليست اثباتاً لقاعدة من قواعد القانون الدولى .

أو تبنت نظرية بعينها فى حكم أو رأى سابق . ومثال ذلك قضية شورزاو(١) وقضية اللجنة الأوربية للدانوب(٢) . بل ان المحكمة ذهبت الى أكثر من هذا فكانت تقول إنه ليس من شيء استجد كى تغير ما سبق أن أخذت به من آراء ، ومن ذلك ما أوضحته فى رأيها الاستشارى السادس . وفى قضية مافروماتس ترددت المحكمة فى أن تكون بتطبيقها شروط الانتداب على فلسطين قد تناقضت مع الرأى الذى أيدته فى فتواها الخاصة بمراسيم الجنسية فى تونس ومراكش . كما خصصت المحكمة جزءاً كبيراً من حكمها فى قضية الرهون الصربية لبيان أن ما أحاله اليها اتفاق التحكيم بعيد عن المبادىء التى قررتها فى أحكامها السالفة فى هذا الموضوع وأحالت الطرفين الى ما سبق أن قالته فى تلك الأحكام . وفى قضية الرعايا البولونيين فى دانزج كانت المحكمة تحيل الأطراف الى قرارات سابقة ، أو تقرر أن المبدأ الذى تطبقه يتفق مع المبادىء المطبقة فى حكم سابق . وفى الرأى الاستشارى الخاص بتفسير اتفاق سنة ١٩١٩ المتعلق باستخدام النساء ليلا أحالت المحكمة الى فتاويها رقم ٢ ، ٣ ، ١٣ التى وان لم تكن عن موضوع مماثل الا أن ما تضمنته مبادىء يلقى — كما قالت المحكمة — ضوءاً على المسألة .

على أنه يجب ألا نفهم من ذلك أن المحكمة قد سارت على الفكرة الأنجلوسكسونية التى تعطى للسوابق حجية فيما يلى من منازعات ، اذ أن المحكمة لم تذهب الى أنها ملزمة باتباع المبادىء التى تضمنتها أحكامها السابقة وانما جرت على احترام تلك المبادىء .

كذلك يساهم الفقه بنصيب كبير فى خلق روح أو رأى عام يحبذ الاقرار بقواعد جديدة . ويمكن أن نسوق مثلا لذلك الدور الذى لعبه الفقه فى القانون

---

(١) تتلخص وقائع قضية شورزاو فى أن بولونيا صادرت مصنعاً ألمانياً دون تعويض فى سليزيا العليا وذلك بعد الحرب العالمية الأولى وقد حكمت محكمة العدل فى ٢٥ مايو ١٩٢٦ ضد بولونيا على أساس أن تصرفها هذا يخالف الفصل الثالث من اتفاق جنيف المبرم بين بولونيا وألمانيا فى ١٥ يوليه ١٩٢٢ بشأن سيليزيا العليا .

(٢) وهى المنازعة التى ثارت بعد اعادة تنظيم الريخ موحدا فقد أصرت ألمانيا رغم ذلك على أن يبقى لها ممثلان فى اللجنة .

الدولى العام النهرى . فاليه — وعلى الأخص أنصار القانون الطبيعى — يعود الفضل فى اعلان الثورة الفرنسية لمبدأ حرية الأنهار الدولية تحت تأثير ما كتبه الشراح عن اساءة الدولة لاستعمال سيادتها اذا هى لم تسمح بحرية الأنهار الدولية.

وقد شغلت محكمة العدل الدولية الدائمة — عند نظرها لمنازعة اللوتس — بالقيمة التى يمكن أن نوليها للفقه عند ما يقرر وجود قاعدة عرفية وان كانت لم تنته الى رأى قاطع فى ذلك الخصوص واكتفت بتلخيص الآراء الفقهية فى ناحية النزاع .

واذن فالقضاء والفقه — وان لم يكونا من أدلة الاثبات المباشرة للقانون الا أنهما عاملان هامان فى تكوين القانون العرفى وحفز الارادة الشارعة الخالقة للقانون الى اقرار قواعد قانونية متطورة .

وعلى أساس التوضيح الذى أسلفناه بشأن الفقه والقضاء يمكن أن نقول إن الفقرة (ج) من المادة ٣٨ أوردت تعداداً ناقصاً لوسائل اثبات العرف اذ سبق لنا أن أورينا أن هناك وسائل أخرى عدا القضاء والفقه يمكن الرجوع اليها لاثبات قيام العرف ، الأمر الذى يدعونا الى القول بأن هذا التعداد غير الكامل انما جاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر (١) .

أما الناحية الثانية التى تنعيها على المادة ٣٨ آنفة الذكر فهى أنها أوردت مبادىء القانون العامة التى أقرتها الأمم المتمدينة على أنها دليل مستقل عن العرف والمعاهدات ، أى أنها فرقت بين العرف والمبادىء العامة للقانون وهى تفرقة لا نقرها .

اذا رجعنا الى الأعمال التحضيرية (٢) للمادة محل البحث نجد أن لجنة المتشرعين أدخلت هذا النص فى نظام المحكمة بقصد سد نقص القانون الدولى

(١) M.O. HUDSON : The Permanent Court of International Justice, 1943, p. 634.

(٢) راجع محاضر أعمال اللجنة عن المدة من ١٦ يونيه الى ٢٤ يوليه ١٩٢٠ ص ١٩٢ ، و ٢٩٤ ، ٣٠٦

العام وما به من فراغ non liquent . وقد يكون هدفها من وراء ذلك ذا صبغة سياسية وهو توسعة سلطة القاضى على حساب السلطة التقديرية للدول تلك السلطة التى يقرها العرف الدولى بسبب بدائية قانون الشعوب .

ولكن هذه الأعمال التحضيرية لا توضح نقطة البحث أى أنها لا تبين ما اذا كانت المبادىء العامة تعتبر مصدراً اثباتياً مستقلا عن العرف والمعاهدات أم أنها تختلط بهما أو بأحدهما ، ولذلك ثار جدل فقهى كبير حول طبيعة تلك المبادىء .

فبعض الفقهاء يرى أن هذه المبادىء هى تطبيق مباشر للقانون الطبيعى وأن المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل قد أعطت للقانون الطبيع بفقرتها (د) شكل وقوة القانون الوضعى (١) .

وذهب آخرون الى أن المقصود بالمبادىء العامة هو مجموعة المبادىء الأساسية التى تستند اليها وتقرها النظم القانونية فى مختلف الدول المتمدينة ، وتكون عامة الى درجة أنه لا تخالف طبيعة الأشياء تطبيقها فى الشئون الدولية (٢) مثل مبدأ المسئولية التقصيرية أو سقوط الحق بالتقادم أو حجية الشىء المقضى فيه . فمثل هذه المبادىء بما لها من صفة عامة وما توحى به من روح العدالة تقبل التطبيق أيضا على العلاقات الدولية بشرط ألا تجافى روح القانون الدولى (٣) . ومن أنصار هذه الفكرة أنزيلوتى الذى يرى أن المبادىء العامة وسيلة تسمح للقاضى الدولى بأن يفسر عن طريق القياس على تلك المبادىء العامة .

بل ان بعض الفقهاء ارتفعوا بالمبادىء العامة الى أنها الأساس القواعدى لكل المبادىء القانونية الوطنية والدولية (٤) وأنها تأخذ صفة الفردية عندما تطبقها المحاكم على حالة بعينها .

---

(١) لوفر — نظرية القانون الطبيعى ، المرجع السابق — ص ٣٨٠ وما بعدها .

(٢) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٢٨

(٣) فمثلا نجد أن القانون الداخلى لا يجيز الالتجاء الى القوة فى العلاقات الفردية بينما يجيزها القانون الدولى فى بعض الحالات .

(٤) قارن كوادرى الذى يرى أن المبادىء العامة لا تكون مصدراً مستقلا فحسب بل إنها=

وهناك رأى يتزعمه سالفيولى (١) بأن هذه المبادىء انما هى مبادىء موضحة وشارحة أى أن الأمر لا يتعلق بمصدر ولكن بمبادىء قانونية تساعد على توضيح الاتفاق أو العرف .

وعند فريق آخر أن المبادىء العامة تكون مصدراً من الدرجة الثالثة يلى الاتفاق والعرف ولا يلجأ اليه الا اذا لم توجد قاعدة اتفاقية أو عرفية (٢)، وتبعاً فان الصفة الملزمة لهذه المبادىء انما تستند الى الاتفاق الذى هو نظام المحكمة .

ويصف نفر من الفقهاء هذه المبادىء بأنها مصدر من الدرجة الثالثة مبنى على العرف الناشىء من تكرار التجاء محاكم التحكيم الى تطبيقها .

وينتقد بعض الشراح — ومنهم جورج سيل (٣) — ذكر هذه المبادىء بين مصادر القانون الدولى العام بقوله إنها تدخل فى نطاق العرف الدولى .

واذا رجعنا الى ما جرى عليه العمل الدولى نجد أن التطبيق الدولى قد جرى على هذه المبادىء فى أكثر من مناسبة . ونذكر من ذلك حكم محكمة التحكيم الصادر بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩١٢ فى المنازعة الروسية التركية بشأن المسئولية التى على الدولة المدينة . كما استهدفت محكمة العدل الدولى هذه المبادىء فى حكم مضيق كورفو الصادر فى ٩ أبريل ١٩٤٩ فى النزاع

= مصدر من الدرجة الأولى يعلو الاتفاق والعرف . ويعنى بالمبادىء العامة المبادىء التى تنبع من الضمير العالمى اذ تعترف بها جميع الدول بطريقة ثابتة وأساسية على أنه لا يكتفى فى ذلك باعتراف غالبية الدول بالمبدأ أو حتى باعترافها جميعا به بل يشترط أن يكون هذا المبدأ بطبيعته صالحاً لأن يطبق على كل الجماعة سواء أكانت اقليمية أو دولية ، ويمثل لذلك بنظرية الابراء غير المشروع ومبدأ الأخذ بما هو فى صالح المدين favor debitoris عند تفسير اتفاق دولى .

(١) راجع محاضرات كوادرى لطلبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة — قسم الدكتوراه — سنة ١٩٥٠

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ٣٨

(٣) راجع الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٨٦

بين ألبانيا وانجلترا ، اذ أخذت بوسائل الاثبات غير المباشرة المقبولة فى جميع النظم القانونية عند تعذر الالتجاء لوسائل الاثبات المباشرة بسبب الرقابة التى تفرضها دولة ما على اقليمها .

أما النصوص التى أوردت المبادىء العامة فنذكر منها مقدمة اتفاق لاهاى الرابع (١) بخصوص التشريعات وعرف الحرب البحرية ونصها :

" Les populations et les belligerants restent sous la sauvegarde et sous I'empire des principes du droit des gens tels qu'ils resultent des usages établies entre nations civilisées, des lois de L'humanité et des exigences de la conscience puplique".

وعندنا أن تكييف المشكلة يقتضى أن نحدد أولا هل يمكن للإرادة الشارعة الخالقة للقانون أن تتخذ صورة مبادىء عامة على النحو الذى وضعته المادة ٣٨ مستقلة عن العرف والمعاهدات أم لا ؟

لا تخلق الارادة الشارعة قواعد دولية الا اذا تعلقت بمسلك دولى ، ومن ثم فان المبادىء العامة يجب أن تنظم مسلكاً دولياً حتى تكون دليلا مثبتا للارادة الشارعة الدولية ، أما اذا نظمت مسلكاً داخلياً فانها لا تكون عندئذ تعبيراً عن الارادة الشارعة الدولية .

ومن ثم فاننا اذا فهمنا المبادىء العامة على أنها المبادىء التى تحوبها مختلف النظم المحلية لتنظيم سلوكها الداخلى فانها عندئذ لا تكون مصدراً اثباتياً للارادة الشارعة الدولية وان جاز أن يكون لها تأثير غير مباشر فى خلق قواعد دولية من حيث أن تكرار النص على ذلك المبدأ فى القوانين الداخلية يسهل قبوله لدى الارادة الشارعة الدولية .

أما اذا تعلقت المبادىء العامة بمسلك دولى فانها عندئذ لا تعدو أن تكون عرفا أو معاهدة وذلك حسب الصورة التى تتخذها فان كانت غير مكتوبة فهى عرف وان كانت مكتوبة فهى معاهدة (٢) .

---

(١) Le Fur et Chklaver — Recueil des textes de droit international Public, 2e. éd. p. 204.

(٢) يذهب البعض الى أن المبادىء العامة لم تعد مصدراً مستقلا بعد أن ذكرتها المادة ٣٨ =

ومن ثم فان المبادىء العامة من حيث هى لا تعتبر دليلا مستقلا من أدلة اثبات القانون الدولى العام وهى لا تكون كذلك الا اذا اتخذت صورة عرف دولى أو معاهدة .

وعلى ذلك فان المادة ٣٨ السالفة انما ميزت بين العرف والمعاهدات من ناحية وبين المبادىء العامة من ناحية أخرى فى معنى شكلى بحت ، أو بتعبير آخر ان تعداد المصادر التى وردت فى تلك المادة باسم مصادر أصلية هو تعداد للمصدر بمفهومه الشكلى (فى المعنى الذى أوضحناه آنفا للمفهوم الشكلى) . أما اذا قصدنا الى المصدر بمعناه الواقعى (فى المعنى الذى أسلفناه لمفهوم واقعى) فانه يقتصر فى نظرنا على العرف والمعاهدات فحسب .

أما وقد انتهينا الى أن المصادر الاثباتية الواقعية للقانون الدولى العام هى العرف والمعاهدات فحسب ، فطبيعى أن يكون بحث العلاقة بين العرف وغيره من مصادر القانون قاصراً على بحث علاقة العرف بالمعاهدات . وهنا نذكر التفرقة الشائعة بين أغلب الفقهاء والتى تقسم المعاهدات الى نوعين (١) : المعاهدات العقود traités - contrats والمعاهدات الشارعة traités - lois

ويقصدون بالمعاهدات العقود — أو المعاهدات الخاصة — المعاهدات التى تعقد بين عدد محدود من الدول فى أمر خاص بها ، وهى عادة لا يتعدى أثرها من وقع عليها . ومثال ذلك معاهدات الصداقة والمعاهدات التجارية ، ولذا فهى ليست بذاتها مصدراً لقواعد القانون الدولى العام

= من نظام محكة العدل ، بل انقلبت الى معاهدة بوصف أن ايراد هاضمن مصادرالقانون جاء فى نظام المحكة ونظام المحكة لا يعدو أن يكون اتفاقاً دولياً ، ولكن يؤخذ على هذا الرأى أن النص فى معاهدة على اعتبار المبادىء العامة من بين مصادر القانون لا يجعل من هذه المبادىء مصدرا اتفاقياً لا سيما وأن النص لم يعرف المقصود بالمبادىء العامة ولم يفصلها بل ترك ذلك للتفسير والتطبيق العملى .

(١) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٢٤ ، ٢٥ — وهى تفرقة لا نقرها على نحو ما سنوضح بالمتن فيما بعد .

وان كان يصح أن تصبح سبباً غير مباشر لظهور قاعدة دولية وذلك عندما يثبت تكرار ابرام معاهدة خاصة تنص على نظام معين فى أمر معين من عدة دول . فتعارف الدول على الأخذ بهذا النظام قد يؤدى الى نشوء قاعدة عرفية توجب على الدول اتباع ذلك النظام ، ومن الأمثلة التى يسوقونها فى هذا المجال قاعدة عدم تسليم اللاجئين السياسيين ، فلقد نشأت تلك القاعدة بعد تكرار النص على عدم جواز تسليم اللاجىء السياسى فى مختلف معاهدات التسليم .

أما المعاهدات الشارعة ـــ ويسمونها كذلك المعاهدات العامة ـــ فهى التى تعقد بين عدة دول فى شأن يهم الدول جميعا ويكون الغرض منها انشاء قواعد عامة أو تسجيل قواعد مجردة لتنظيم علاقة دولية عامة وهى بهذا أقرب ما تكون الى التشريع ، ولذا سميت بالمعاهدة الشارعة ، تمييزاً لها عن المعاهدة الخاصة التى تشبه العقد . ومن الأمثلة التى يذكرونها للمعاهدات الشارعة اتفاقيتا فينا واكس لاشابل سنة ١٨١٥ ، ١٨٢٨ بشأن مراتب رجال التمثيل الدبلوماسى وكذا عهد عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة .

وفى بحث علاقة العرف بالمعاهدة يكون المقصود طبعا بحث علاقة العرف بالمعاهدة الشارعة وليس بالمعاهدة العقد ، وهنا نجد ثلاث نظريات : النظرية الأولى تجعل العلوية للمعاهدات على العرف (١) حيث أن المادة ٣٨ آنفة الذكر قدمت المعاهدات على العرف ، هذا فضلا عن أن العرف تعبير عن ارادة ضمنية فى حين أن المعاهدة تعبير عن ارادة صريحة . والمفروض أن الارادة الصريحة هى المرجع الأول فاذا وجدت لا يعدل عنها الى ارادة ضمنية ، وتبعاً فعند التعارض تكون العلوية للارادة الصريحة على الارادة الضمنية .

ويدافع الفقهاء السوفيت عن هذا الرأى بحماس على أساس أن القانون الدولى العرفى يعتبر فى مجموعه عندهم أفكاراً وتطبيقات تفرضها الامبريالية

---

(١) جانى ـــ المرجع السابق ـــ ص ١٦٢ ، ١٦٣

الرأسمالية على الدول الضعيفة . ولذلك فانهم يزكون فكرة السيادة كضمان ضد ضغط الدول الامبريالية الرأسمالية ، على الدول الضعيفة ، ويعتبرون أن المعاهدة هي الأساس الحقيقي للعلاقات الدولية بوصف أنها افصاح حر عن الارادة (١) . وهذا هو الذي يفسر الموقف السلبي الذي وقفه الوفد السوفيتي في مؤتمر سان فرنسسكو حيال كل اقتراح يهدف الى ادخال نص في ميثاق الأمم المتحدة يكرر المادة ١٩ من عهد عصبة الأمم فيما يتعلق بمراجعة المعاهدات الدولية .

والمذهب السوفيتي انما يتابع منطق فلسفته الماركسية في نظرته للعرف ولذا لا نرى حاجة لمناقشته بشأن العرف الدولي لأن هذه المناقشة ستتناول في حقيقتها الفلسفة الماركسية وليس العرف الدولي (٢) .

واذ أننا سبق أن أوضحنا أن المادة ٣٨ من نظام المحكمة الدولية لم تقصد الى ترتيب مصادر القانون من حيث أهميتها الاستدلالية ، كما أننا فندنا فيما سلف من عرض الرأى الذي يصف المعاهدة بأنها ارادة صريحة والعرف بأنه ارادة ضمنية – أو تعبير صريح وتعبير ضمني – لذلك فنحن لا نقر النظرية التي تجعل للمعاهدات علوية على العرف .

---

(١) S. Krylov : Les notions principales du droit des gens. La doctrine soviétique du droit international.

مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٤٧ عدد ٧٠ ص ٤٤١–٤٤٢

(٢) يستند القانون الدولي عند السوفييت الى الماركسية كما شرحها لينين وستالين ، ولذلك فان أساسه عندهم يختلف عن الأساس الذي تقوم عليه الأفكار الغربية وهي تعتبر في نظر السوفييت أفكار جماعات برجوازية لا يمكن أن تقوم بينها وبين السوفييت الا علاقات انتقالية تحكم ما يجمعها من روابط ضرورية . ويذهب التفسير الماركسي الى أن كل قانون ليس الا افصاحاً عن سلطة ارادة الطبقات المسيطرة ، ولذا فهو يدافع عن سلطتها وامتيازاتها وتبعاً فان القانون الدولي العام ليس سوى نقل أفكار اجتماعية سيطرت في حقبة زمنية معينة الى العلاقات الدولية فلا غرو والحال هذه ألا تحوى العلاقات التي تقوم بين دول ذات بناء اجتماعي مختلف الا وحدة جزئية جداً ذات صفة مؤقتة بحتة . ونظراً لأن القانون الدولي العام قد تأثر كثيراً بتقاليد الدول البرجوازية فهو لا يقوم في هذه العلاقات الا بدور ثانوى . وطبيعى على هذا الأساس أن يكون ذلك عن طريق المعاهدات فحسب لأنها هي فقط التي يمكن أن تنظم العلاقة بين الدولة السوفيتية وغيرها من الدول في حدود ما يسمح المذهب الماركسي باقامته من علاقات .

والنظرية الثانية تقابل الأولى تماما لأنها تجعل العلوية للعرف على المعاهدة وهى نظرية تحتاج الى تحديد على نحو ما سنوضح عند مناقشة النظرية الثالثة وهى النظرية التى تسوى بين المعاهدة والعرف استناداً الى أن كليهما افصاح عن الارادة ، ومن ثم فان العلاقة بينهما تحكمها القواعد الأصولية العامة التى تنظم العلاقة بين مصدرين متعادلين من مصادر القانون بمعنى أن الخاص منهما يخصص العام واللاحق ينسخ السابق فيما يتعارضان بخصوصه . ومن ثم فان العرف الذى ينظم حالة جزئية يمكن أن يخصص أحكاماً عامة وردت بها نصوص معاهدة من المعاهدات ، والعكس صحيح أى أن نصاً يتعلق بحالة خاصة ورد فى معاهدة قد يخصص حكم قاعدة عرفية تنظم حالة عامة . وكذلك المعاهدة التى تلحق فى الظهور عرفا قد تنسخ ذلك العرف فى نطاق تعارضهما ، كما أن العرف اللاحق لابرام معاهدة قد ينسخ نصوص تلك المعاهدة فى مجال التعارض .

ونحن وان قبلنا هذا الرأى من حيث المبدأ الا أننا نأخذ عليه عدم دقته فى التعرف على التكييف الصحيح للمسألة ولذلك انتهى الى نتيجة تحتاج الى تشذيب . ذلك أنه وان كان كل من العرف والمعاهدات يعتبر مصدراً اثباتياً للارادة الشارعة ، الا أننا لا يمكن أن نسوى بينهما من حيث القوة لأن القواعد التى يثبتها العرف ذات قوة وطبيعة الزامية مختلفة عن القواعد التى تثبتها المعاهدات ، وربما كان سبب خطأ أصحاب هذه النظرية هو عدم أخذهم بعين الاعتبار أن التفرقة بين المعاهدات على أساس معاهدات شارعة ومعاهدات عقود تفرقة غير مقبولة .

ذلك أن الافصاح عن الارادة الذى يتخذ صورة اتفاقية يكون له دائما مضمون واحد وان اختلفت الدوافع ، اذ يجب أن نميز بين الدافع للارادة وبين الارادة ذاتها ، والمثل يوضح ما نقول : ففى حالة شراء دولة لاقليم يجب أن نميز بين تصرف الشراء وبين الدافع على الشراء والدوافع مختلفة ولكن الارادة واحدة دائما لأن مضمونها هو دائما مضمون التصرف ، فكل الأطراف يريدون ما يقصد اليه التصرف أو العقد .

ثم اننا اذا استقرينا ما يسمونه بالمعاهدات العقود نجد أنها فى الحقيقة كثيراً ما تقرر قواعد قانونية دولية بالنسبة للدول المتعاقدة تحكم علاقات هذه الدول خصوصاً ما هو متفق عليه فى المعاهدة الأمر الذى لابد أن نعترف معه بوجود عدد من النظم القانونية الخاصة تتعدد بتعدد هذه المعاهدات وتباين موضوعاتها . هذا فضلا عن أن المعاهدات المسماة بالشارعة لا تلزم غير أطرافها أى أن ما تحويه من قواعد تفتقر الى صفتى العمومية والتجريد وهما الصفتان الجوهريتان فى القاعدة القانونية وذلك لعدم وجود معاهدة شارعة عالمية بالمعنى الشامل . ولذا فان الحالات التى تحترم فيها دول غير أطراف قواعد تتضمنها معاهدة لا ترجع الى التزام الدول باحترام تلك القواعد على أساس اتفاق ، ولكن يفسرها أن الدول رغبت ذلك اختياراً أو أن القواعد التى حوتها المعاهدة اكتسبت صفة العرف بالنسبة للدول المذكورة (١) .

ولا جدل فى أن المعاهدات بنوعيها — العقود والشارعة — انما تخضع فى انشائها ونفاذها وانهائها لقواعد لا تكاد تفترق عن القواعد التى تحكم العقود (٢) بمعنى أننا عند انشاء المعاهدة نبحث عن أهلية المتعاقدين وننظر فيما اذا كانت الاجراءات الشكلية اللازمة قد روعيت ، ولا ينصرف حكم المعاهدة الا الى أطرافها أو المنضمين اليها ، ولا يجوز انهاء المعاهدة الا طبقاً لنص فيها أو بارادة طرفيها ، وغير ذلك من القواعد التى تماثل الأحكام المرسومة للعقود فى القوانين الداخلية .

ومن الأمثلة التى يرددها كثير من الفقهاء على أنها نموذج للمعاهدات الشارعة تصريح باريس سنة ١٨٥٦ بشأن القانون البحرى زمن الحرب ، والحقيقة أن هذا القول محل نظر لأن تاريخ التصريح يدل على أنه اتفاق

---

(١) فاليابان مثلا لم توقع على اتفاقية بروكسل سنة ١٨٧٤ التى تنظم بعض قوانين وعادات الحرب ولكنها احترمت الأحكام التى تضمنتها الاتفاقية فى الحملة التى وجهتها ضد الصين سنة ١٨٩٤ بوصفها قواعد اكتسبت الصفة العرفية .

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ٣٠

أكد أطرافه المتعاقدون مزايا متبادلة فيما بينهم ذلك أن الخلاف بين انجلترا والدول البحرية الصغرى الأخرى الذى نشب منذ القرن السابع عشر فيما يتعلق بالملاحة التجارية المحايدة زمن الحرب لم يكن خافياً على العيان . فالدول الصغرى ترى أن العلم المحايد يحمى تجارة العدو طبقاً لمبدأ « سفينة حرة ، سلعة حرة ، Navire Libre, Marchandise libre. » أما انجلترا فكانت تطالب بحجز بضائع العدو . وقد جرت محاولات سنة ١٧٥٦ ، ١٧٧٠ ، سنة ١٧٩٤ ، سنة ١٨٠٠ لتأييد نظرية الدول الصغرى ولكن نجاح هذه المحاولات كان مرهوناً بظروفه ، فلما قامت حرب القرم اتفقت انجلترا وفرنسا على مبادىء مشتركة فى موضوع الملاحة المحايدة ، وفى ٢٨ و٢٩ مارس ١٨٥٤ أعلنت الدولتان تصريحين متماثلين اعترفت فيه انجلترا لأول مرة بمبدأ « سفينة حرة ، بضاعة حرة » . وعند انتهاء الحرب أعلن تصريح باريس السالف الذى أعتبر بعد ذلك بمثابة تنظيم سارت عليه الدول حتى الدول التى لم توقعه فقد راعته ، مثلا الولايات المتحدة الأمريكية فى حرب أسبانيا سنة ١٨٩٨ رغم أنها لم تشترك فى اصداره .

ومن كل ما سبق نرى أن المعاهدة دائما تأخذ حكم العقد وليست شارعة بالمعنى الفنى الذى نفهم به التشريع .

وعلى ذلك فان القواعد القانونية التى تثبتها المعاهدات انما تتماثل مع القواعد القانونية التى يمكن أن يثبتها العقد فى القانون الداخلى ذلك أن لأعضاء الجماعة الداخلية — فى غير ما يتعارض مع النظام العام — أن يخلقوا بارادتهم ما يشاؤن من قواعد لتنظيم علاقاتهم المتبادلة ، ولكن هذه القواعد — كما قلنا — يجب ألا تخالف النظام العام الذى يمكن أن يستند فى الداخل الى قواعد عرفية أحياناً .

كذلك الحال فى النطاق الدولى فان المعاهدات بين أعضاء الجماعة الدولية تقوم بذات الدور الذى يقوم به العقد فى النطاق الداخلى مع فارق واحد هو أن فكرة النظام العام فى المجال الدولى فكرة لازالت باهتة ولم تتأكد

ملامحها بعد . ولذلك نلاحظ أن نطاق حرية الارادة فى تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولى عن طريق الاتفاقات – أى المعاهدات – أوسع بكثير فى المحيط الدولى عنه فى المحيط الداخلى بالنسبة لأشخاص القانون الداخلى .

وقولنا هذا لا يتعارض مع ما سبق أن قررناه من أن الارادة الدولية الشارعة يمكن أن تثبت عن طريق المعاهدات لأننا انما نبحث هنا فى نوع القواعد التى تثبت عن طريق العرف والقواعد التى تثبت عن طريق المعاهدات .

لقد قلنا فيما سلف إن القاعدة القانونية انما تلزم الارادة التى صدرت عنها ، ومن ثم فان كلا من القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية تلزم الارادة التى صدرت عنها ، بيد أن الارادة الشارعة التى تخلق القاعدة العرفية غير محدودة على وجه الحصر ، أى أنه كثيراً ما يتعذر تحديد أشخاص القانون الدولى الذين اشتركت ارادتهم فى خلق القاعدة العرفية والوقت الذى خلقت فيه تلك القاعدة فى حين أن المعاهدة تبين على وجه الحصر الارادات الشارعة التى خلقت قواعدها والوقت الذى خلقت فيه تلك القواعد . ومن ثم فان العرف يقوم بدور قريب من دور القانون فى النطاق الداخلى وهو فى ذلك أقرب الى القانون من المعاهدة ، ومن هنا يجىء الاختلاف بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية فى قوة الالزام ، فالقاعدة العرفية ليس لها أطراف تنحصر فيهم قوتها الالزامية بل ان حكمها ينصرف الى العموم فان كان العرف عالمياً التزمت به الجماعة الدولية ، وان كان اقليميا التزم به أشخاص القانون الدولى العام القائمون فى ذلك الاقليم ، ويستوى فى ذلك أشخاص القانون القائمون وقت نشوء العرف والذين يقومون بعده ، ثم هو غير مقيد بزمن مستقبل من حيث التطبيق فى حين أن القواعد الاتفاقية قاصرة على أطراف المعاهدة ومن يقبلون أحكامها وذلك لفترة نفاذ المعاهدة فحسب [1] .

---

(١) ولذا فان الغالب فى المعاهدات أن تسجل ما سبق أن استقر عن طريق العرف ولكن بطريقة أكثر وضوحا .

ولذلك نرى وجوب التفرقة بين وضعين عند الكلام عن علاقة العرف بالمعاهدات :

١ — فاذا كانت هناك قواعد عرفية تعتبر من النظام العام فانها تعلو على القواعد الاتفاقية ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد الآمرة والا كان الاتفاق باطلا .

وفى هذا المعنى نستطيع أن نقول إن القانون العرفى يعتبر بمثابة الحد الأدنى للأخلاق الدولية الذى لا غنى عنه لوجود الجماعة الدولية (١) .

فلو أننا اعتبرنا أن تحريم تجارة الرقيق أصبح من قواعد النظام العام الدولية وتصورنا أن دولتين اتفقتا على اباحة تجارة الرقيق وحماية تلك التجارة فى البحار العامة ، فان هذا الاتفاق يعتبر باطلا لأنه يخالف قاعدة عرفية من قواعد النظام العام الدولى .

٢ — أما اذا تعلق الأمر بتسوية حالة لا تنظمها قواعد عرفية آمرة فهنا يمكن أن نقول بتعادل العرف والمعاهدات من حيث قوتهما الاستدلالية ، وتبعاً فان العلاقة بين العرف والمعاهدة تحكمها القواعد الأصولية العامة التى تقضى بأن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض ، وذلك على نحو ما أوضحنا فيما سلف .

ومن الأمثلة التى نسوقها هنا للاستدلال بأن عرفاً لاحقاً أبطل معاهدة سابقة القواعد العرفية فيما يتعلق بامتيازات الأجانب فقد عدلت تلك القواعد التى استقرت من أحكام المعاهدات السابقة الخاصة بامتيازات الأجانب ، وطالما شهدنا أمثلة لذلك فى مصر قبل الغاء الامتيازات الأجنبية ، وكذلك اهمال غالبية الدول المتحاربة — أثناء الحرب العالمية الأخيرة — للقواعد الاتفاقية التى كانت تحرم مهاجمة الغواصات المتحاربة للسفن التجارية دون انذار سابق (٢) .

---

(١) جويه — المرجع السابق — ص ٥٠

(٢) شارل روسو — المرجع السابق — ص ٦٧ ، ٦٨

ومن أمثلة الغاء عرف سابق بمعاهدة لاحقة تصريح باريس سنة ١٨٥٦ بشأن الحرب البحرية اذ ألغى ما كان يجرى عليه العمل الدولى بشأن المطاردة (١) .

وعلى هذا الأساس رفض اللورد Stowell أن يستجيب لطلب البرتغال بتطبيق المعاهدة الأنجلوبرتغالية التى أبرمت سنة ١٦٥٤ وفيها اتفق المتعاقدون على أن يقبضوا على غنائم من يحارب أحدهما ولو كان الآخر فى حالة حياد ، وطبق الفكرة الحديثة لقانون الشعوب التى تحرم انتزاع الغنائم من المحارب ما دام أنه قد غنمها قانوناً (٢) .

على أننا يجب ألا ننسى فى غمرة ما أسلفناه من قول الدور الهام الذى تؤديه المعاهدات فى تكوين العرف ، ذلك أنه وان كانت المعاهدات فى بعض الأحيان مصدراً ثانوياً لاثبات القانون الدولى العام الا أنها كثيراً ما تساعد على خلق قواعد عرفية اذ أن تكرار ذكر قواعد مستحدثة فى معاهدات قد يصل بالعالم الى خلق قواعد عرفية بذات الفحوى عند ما يستقر الضمير العالمى عليها فتنشط الارادة الشارعة لارسائها .

ومن الأمثلة التى ندلل بها فى هذا الخصوص معاهدة واشنجتن التى أبرمت بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية فى ٨ مايو ١٨٧١ لتسوية بعض نقاط النزاع التى نشأت من الحرب الأهلية الأمريكية وذلك عن طريق التحكيم . وقد برزت من بين هذه النقاط منازعة الالاباما (٣) .

---

(١) شارل روسو – المرجع السابق – ص ٦٧.

(٢) جويه – المرجع السابق – ص ١٤١ .

(٣) الالاباما سفينة شيدت فى ميناء ليفربول أثناء الحرب الأمريكية وذلك لحساب ولايات الجنوب ، وقد طلبت ولايات الشمال الى انجلترا عدم تسليح تلك السفينة ، ولكنها مع ذلك جهزت خارج الاقليم الانجليزى وحاربت السفن التجارية التابعة لولايات الشمال ، فاعتبرت الولايات المتحدة أن بناء هذه السفينة انتهاك للحياد البريطانى . وقد انتهت المنازعة بالحكم على بريطانيا بغرامة قدرها (١٥،٥٠٠،٠٠٠) دولار .

وتضمنت معاهدة واشنجتن مبادىء القانون التى تطبق بحثاً عن حكم القانون الدولى بشأن المسألتين التاليتين :

١ — هل الدول المحايدة ملزمة بأن تراعى الحرص الكامل لمنع تجهيز أو تسليح سفينة فى اقليمها يعتقد لأسباب مقبولة أنها ستستخدم فى محاربة دولة تربطها بها علاقات سلمية .

٢ — هل يجب على الدول المحايدة ألا تسمح لدولة متحاربة بأن تتخذ من موانيها أو من مياهها الاقليمية قاعدة لأعمال حربية بحرية .

وقد أعلنت بريطانيا وقتئذ أنها لا تتقيد بالقواعد التى تضمنتها معاهدة واشنجتن بدعوى أن القواعد لا تعتبر من القانون الدولى العام المطبق آنئذ ولكنها مع ذلك قبلتها كأساس للتحكيم واعتبرتها ملزمة للمستقبل(١) . والحق أن قواعد واشنجتن لم تكن عند الاتفاق عليها مستحدثة تماما ، فقد وردت من قبل ذلك فى كثير من تصريحات الدول المحايدة ولكنها استقرت كقواعد دولية بحكم الالاباما فى ١٤ سبتمبر ١٨٧٢ ، ولذلك أدرجت ضمن المواد ١ ، ٢ ، ٩ من الاتفاق الثالث عشر المتعلق بحقوق وواجبات الدول المحايدة فى حالة الحرب البحرية الذى عقد فى مؤتمر السلام الثانى سنة ١٩٠٧ . وهذا مثل لعرف دولى كان الدافع الى قيامه معاهدة بين دولتين كبيرتين .

ولعل من المناسب أن نعرض فى ختام هذا البحث لعلاقة العرف بعرف آخر فى كلمة موجزة .

واضح أن القواعد العرفية فى مستوى متعادل من حيث قوتها الاثباتية ، ومن ثم فان علاقتها ببعضها البعض تخضع للقواعد الأصولية التى أوردناها آنفا أى أن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض .

---

(١) Moore — History and Digest of International Arbitrations.
مجموعة التحكيم الدولى — جـ ٢ ص ٧٠٣ وما بعدها .

وقد أقر بنكرشوك (١) — عن جوليان — امكان تحول القواعد العرفية بقوله :

"Ut mores gentium mutantur et matatur gentium"

ويحصل هذا التحول تحت تأثير أفكار جديدة أو تفسير جديد لضرورات عملية ، ومثال ذلك الحق فى حطام السفينة الذى كانت تثبته قاعدة عرفية فيما مضى ثم ألغى تدريجياً بظهور أدلة اثباتية جديدة على ذلك الالغاء. وكذلك الحال بالنسبة لما كانت تدعيه الدول البحرية الكبرى من حق الاشراف على البحار أو الشرف الخاص الذى يمنح لعلمها .

وبديهى أنه يجب أن تتوافر فى القاعدة الجديدة ذات الشروط التى استلزمناها لتحقيق القاعدة العرفية .

تقنين العرف(٢) :

التقنين هو صياغة القواعد العرفية فى مدونة مكتوبة .

والتقنين بمعناه الدقيق لا يعدو أن يكون اجراء شكلياً فهو مجرد تجميع للقواعد العرفية القائمة فى صورة مكتوبة ، وبهذا المعنى يكون تعبير « تقنين » codification مقابلا لتعبير « تشريع » legislation لأن التقنين هنا اجراء كاشف عن قواعد سابقة عليه فى الوجود ، أما التشريع فيتضمن ادخال عناصر جديدة على القواعد القانونية القائمة .

ولكن التقنين فى الحقيقة لا يقتصر على هذا الدور الشكلى ، وانما قد يتضمن قدراً من العنصر التشريعى وذلك فى حالة ما تكون القواعد العرفية متعددة فى ذات الموضوع ، أو اذا كان هناك تعارض بين القانون العرفى والقانون المكتوب ، اذ تكون مهمة التقنين هنا العمل على توحيد القانون واستبعاد التعارض القائم بين مختلف القواعد القانونية .

---

(١) جويه — المرجع السابق — ص ١٢٠

(٢) راجع تفصيلات فى مقال Charles de Visscher عن التقنين فى القانون الدولى — مجموعة لاهاى سنة ١٩٥٢ — ج ١ ص ٣٢٩–٤٥٣

والتقنين فى القانون الدولى تفرقه عن التقنين فى القانون الداخلى فوارق جوهرية أهمها :

١ – يورى التاريخ أن التقنينات الداخلية قد جرت تحت تأثير عوامل سياسية فى الغالب هى ضرورة تقوية الوحدة السياسية للدولة ذلك أن وضع حد لتعدد القوانين وتركيزها يعتبر عاملا جوهرياً فى تحقيق الوحدة السياسية للدولة . وهذا العامل ذو تأثير ضعيف فى المجال الدولى لأن التضامن الدولى أضعف بكثير من التضامن الداخلى والرغبة فى الوحدة أوهن فى المجال الدولى منها فى المجال الداخلى .

٢ – الهدف الرئيسى للتقنين فى القانون الداخلى هدف شكلى هو العمل على اثبات وتوضيح القانون العرفى فى صورة مكتوبة ، أما التقنين فى المجال الدولى فلا يقتصر على ذلك الهدف ، بل قد يتناول ذات موضوع القاعدة القانونية بالتعديل .

٣ – لم يصل القانون الدولى بعد الى أن تتوافر له ذات الظروف التى للقانون الداخلى من حيث الأعمال التى تحضر للتقنين ، فالأعمال التحضيرية التى تجهز للتقنين الداخلى أدق وأيسر بكثير اذا قيست بالنسبة للأعمال التحضيرية للتقنين الدولى .

ويمكن أن نقسم الجهود التى بذلت فى تجميع قواعد العرف وصياغتها فى تقنين دولى شامل الى ثلاثة أقسام :

١ – جهود فردية قام بها نفر من الفقهاء كل بنفسه ، وأولى هذه المحاولات كان المشروع الذى نشره الفيلسوف الانجليزى جرمى بنتام سنة ١٧٩٢ ولكنه كان ذا صبغة فلسفية بعيدة عن واقع الحياة الدولية ، ثم تتابعت بعد ذلك مشروعات فردية أخرى نذكر منها المشروع الذى أعده بسكال فيورى سنة ١٨٨٩ ويتكون من ثمانمائة وخمس وتسعين مادة .

ويؤخذ على هذه الجهود أنها ليست تجميعاً محايداً لأحكام القانون الدولى العام بل هى تقنين متأثر بالآراء الشخصية للفقيه الذى يقوم به .

٢ — جهود جماعية قامت بها الهيئات العلمية المشتغلة بالشئون الدولية مثل المجمع الذى أنشىء فى مدينة Gand ببلجيكا باسم مجمع القانون الدولى فى أوروبا . الا أن هذه الجهود لم تسفر سوى عن تقنينات جزئية لبعض مسائل القانون الدولى ، كما أنها لم تكتسب الطابع الرسمى عن طريق اعتراف الحكومات بها ، وبذلك ظلت قيمتها فقهية بحتة .

٣ — جهود حكومية قامت بها بعض الدول أو المنظمات التى تضم الدول ويمكن تقسيمها الى ثلاثة أنطقة :

(ا) النطاق الأول خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين حيث كانت حركة التقنين حركة جزئية تنحصر فى بعض موضوعات معينة تتم عن طريق معاهدات جماعية ودون أية خطة مرسومة لتسلسل التقنين . والأمثلة البارزة لهذا المجهود هى مؤتمر لاهاى سنة ١٨٩٩ وسنة ١٩٠٧ وما قامت به الاتحادات الدولية فى شئون القانون الدولى الادارى وجهود عصبة الأمم فى الفترة ما بين سنة ١٩١٩ وسنة ١٩٣٩ لا سيما فى موضوعات المواصلات والترنسيت وكذلك قانون العمل الدولى .

(ب) وبجانب هذه الحركة التى تمت عن طريق اتفاقات دولية ذات صبغة أوروبية بحتة قامت حركة مماثلة فى أوائل القرن العشرين فى القارة الأمريكية تولت الجانب الأكبر منها المؤتمرات الأمريكية التى تتابعت منذ سنة ١٨٨٩

(ج) على أن هذه التقنينات أوربية كانت أو أمريكية لا تغنى عن ضرورة تقنن عام يسير على نهج مرسوم بطريقة تدريجية مترابطة حتى تسد الحاجة العامة .

وكانت عصبة الأمم أول من حمل لواء هذه الحركة الشاملة فأصدرت جمعيتها العمومية قراراً فى ٢٢ سبتمبر ١٩٢٤ يقضى بتشكيل لجنة من الخبراء لتقوم بتحضير ما تراه قابلا للتقنين من موضوعات القانون الدولى وتقديمها

للجمعية بعد أخذ رأى الدول . وقد انتهت اللجنة الى اختيار ست موضوعات هى : الجنسية والبحر الاقليمى ومسئولية الدولة عن الأضرار التى تلحق بأشخاص وأموال الأجانب فى اقليمها والقرصنة واستثمار منتجات البحار والحصانات والامتيازات الدبلوماسية وعرضتها على الجمعية العمومية سنة ١٩٢٧ فرأت قصر البحث مبدئيا على مسائل الجنسية والبحر الاقليمى ومسئولية الدولة عن الأضرار التى تلحق بأشخاص وأموال الأجانب فى اقليمها ، وتألفت لجنة أخرى تحضيرية لتجهيز هذه الموضوعات للبحث فى مؤتمر عام . وقد عقد ذلك المؤتمر فى ١٣ مارس ١٩٣٠ بمدينة لاهاى وحضره مندوبو سبع وأربعين دولة منها ثمان وثلاثون دولة من أعضاء عصبة الأمم ، ولكن المؤتمر اصطدم بعقبات فنية وسياسية فلم يصل الى اتفاق الا على بعض قواعد الجنسية .

ثم جاء انشاء الأمم المتحدة دفعة جديدة للجهود التى بدأتها عصبة الأمم سواء فى جنيف أو فى لا هاى ، وقد جعل ميثاق الأمم المتحدة فى مادته الثالثة عشرة من التقنين هدفاً من أهدافه الرئيسية وأعطى الاختصاص بذلك صراحة للجمعية العمومية .

وقد تشكلت لجنة من الخبراء قوامها خمسة عشر عضواً باسم لجنة القانون الدولى إثر قرارين أصدرتهما الجمعية العمومية للأمم المتحدة بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٤٦ و ٣ نوفمبر ١٩٤٨ (١) .

ومن الموضوعات التى اهتمت بها اللجنة مشروع التقنين الخاص بالجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها ، ومشروع القضاء الجنائى الدولى ، ونظام البحر العام ، والقانون الخاص بالمعاهدات ، واجراءات التحكيم ، وتعريف الاعتداء ، والجنسية ، والبحر الاقليمى ، والتحفظات على المعاهدات ، ونظام الهضبة الساحلية أو الرصيف القارى .

---

(١) أصبح عدد أعضاء تلك اللجنة واحداً وعشرين عضواً بناء على القرار الذى اتخذته الجمعية العمومية فى ٨ ديسمبر ١٩٥٦

وقد أقرت الجمعية العمومية للأمم المتحدة توصية للجنة القانون الدولى بعقد مؤتمر عام لمناقشة قانون البحار وصدر بذلك قرار الجمعية فى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ وعقد المؤتمر فى مدينة جنيف فى أبريل ١٩٥٨ وحضره مندوبون عن ست وثمانين دولة ، ولكن المؤتمر لم ينته الى شيء .

ومما سلف نرى أن العالم لم يوفق بعد الى اعتماد شطر ذى بال مما أعدته اللجان الفنية من مشروعات تقنين فى موضوعات القانون الدولى العام ، وأن فكرة التقنين الشامل لقواعد العرف الدولى لا زالت بعيدة عن التحقيق .

والواقع أن فكرة التقنين لها مؤيدون ولها معارضون .

والذين يهاجمون حركة تقنين العرف الدولى يستندون الى أسانيد نجمل أهمها فيما يلى :

١ — يذهب البعض الى أن فكرة تقنين العرف الدولى فكرة خيالية لأن التقنين يجب أن يكون كاملا حتى يزود القاضى والفقيه بأحكام لكل ما يعرض لهم من مشاكل .

ولكن هذا الرأى يستند الى تصور خاطىء فهو يتصور أن القانون المكتوب هو المصدر الوحيد للقانون ، ومن ثم فاما أن يكون التقنين كاملا والا فلا ، وبديهى أن هذا منطق مرفوض .

٢ — ويرى آخرون أنه حتى مع القول بأن التقنين يمكن أن يتم تدريجياً فان تقنين العرف الدولى أمر يجب عدم تحبيذه لأنه يجمد القانون فى صورته الراهنة ، وتبعاً يكون عامل تأخر لا عامل تطور ، لأن التقنين الدولى سيكون عن طريق اتفاق دولى والقواعد الاتفاقية اذ تبلور القانون فى صورة محددة ، انما تجازف باعاقة ازدهار القانون العرفى .

وهذا الاعتراض لا يخلو من وجاهة الا أنه يتناسى أن التقنين يحمل عنصر التحديد والدقة ، وهذا فيه ضمان كبير للأمن الدولى ، ولذا كان لابد من حل وسط يستبعد النقد السالف ولا يضحى بهذه الميزة وذلك يكون

بالعمل على مراجعة التقنين فى فترات دورية أو متقاربة والعمل على ترك نطاق معين من القواعد بعيداً عن التقنين وخاضعاً للتطور طبقا لحاجات المجتمع ووقائع حياته .

٣ ــ ويعيب نفر ثالث على التقنين أنه قد يؤدى الى تقيد القاضى والفقيه بحرفية النص بدلا من روح النص الأمر الذى لا يتفق مع سلامة تطبيق القانون الدولى ، ولكن يرد على هذا النقد بأنه يخالف ما هو ثابت فى العمل الدولى ، اذ الملحوظ أن القضاء والفقه الدوليين لم يتقيدا بحرفية النص وانما يسعيان دائما وراء روح النص .

٤ ــ وتقول جماعة بأن التقنين لا يحقق الميزة الجوهرية التى ينادى بها أنصاره ألا وهى تقوية سلطة القانون ، بل هو على العكس عامل من عوامل اضعاف القانون لأنه يتخذ صفة اتفاق جماعى ، والاتفاق الجماعى كالبناء اذا انهار ركن منه انهار البناء بأجمعه ، وما دام أننا لا يمكن أن نتلافى حصول مخالفات فى العمل الدولى للاتفاق الجماعى السالف ، فمعنى ذلك أن هذا الاتفاق سينهار ، وهنا يبدو ضعف البناء الاتفاقى أى التقنين .

ونلاحظ على هذا الرأى أنه يتركز على الشكل الخارجى للتنظيم ، أى أنه يتصور التقنين على أنه مجرد اجراء شكلى يكشف عن قواعد سابقة فى الوجود على التقنين ، وبهذا المفهوم يكون النقد غير قائم لأن التقنين اذا اقتصر على الكشف عن القانون القائم فحسب يكون كل ما فعله أنه جعل الافصاح عن الارادة أكثر دقة وضماناً للأمن ولكنه لا يضيف قوة الزامية لقواعد لم تكن ملزمة ، ومن ثم فالقواعد التى يحويها التقنين فى هذه الحالة هى قواعد ملزمة سواء وضعت فى صورة مكتوبة أم بقيت فى شكل عرفى ، واذا كان الأمر كذلك يكون من غير الصحيح أن نقول إن التقنين يقود الى ضعف القانون الدولى .

ومن هذا يتضح أن العيوب التى توجه الى فكرة التقنين ليست من الجدية بحيث تقعدنا عن مناصرة تلك الفكرة ، بل اننا نستطيع أن نضيف الى ما سلف

أسانيد تؤيد الفكرة وتحبذها . فالتقنين بجانب أنه يساعد على تطور القانون الدولى وتقدمه بسبب ما يترتب عليه من توضيح للقواعد العرفية وتحديد لمضمونها فانه يعمل على تقوية سلطة القاعدة القانونية العرفية للأسباب الآتية :

١ — يتم التقنين عن طريق اتفاق دولى وبذلك تكتسب القاعدة العرفية قوة الالزام الاتفاقى بجانب الزامها كعرف .

٢ — يساعد التقنين على اتساع نطاق تطبيق القانون العرفى بادراج مسائل مما تعتبر ذات طبيعة سياسية (أى تخرج عن نطاق القانون) ضمن العلاقات التى يحكمها القانون .

٣ — يعرف الرأى العام بقواعد العرف ويجعل منه تبعاً قوة تقف وراء تلك القواعد لتساندها وتراقب الاخلال بها ، وفى هذا ما فيه من تدعيم للقواعد العرفية وتمكين لسلطتها .

٤ — يزود القاضى بمدونة عامة منطقية تساعده على أداء واجبه ، وليس فى هذا تسهيل لمهمة القاضى فحسب بل انه مشجع على تعميم الاختصاص الالزامى للقضاء الدولى ، اذ من المعروف أن غموض القانون القائم وعدم تحديده هو من العقبات الكأداء فى سبيل امتداد نطاق القضاء الدولى الملزم .

وهكذا ننتهى الى أن التقنين فكرة تستحق التحبيذ فى النطاق الدولى لما تعود به من فوائد على القانون الدولى العام ، على أنه يجب أن يقترن بحركة التقنين ترتيب طريقة لمراجعة التقنينات من وقت لآخر حتى لا تجمد بالقانون وتكون عقبة فى سبيل تطوره وأن يتحقق التقنين على مراحل متدرجة طبقاً لمنهاج مرسوم متكامل ، وقد تكون الأمم المتحدة هى خير هيئة تشرف على تحقيق تلك الأمنية .

خاتمة

وبهذا يشرف بحثنا على الانتهاء ، وقد اتضح مدى اتساع موضوعه ومساسه بالكثير من فروع القانون الدولى العام الأمر الذى دعانا الى التعرض لبعض نواح ربما كانت تبدو للوهلة الأولى أنها لا تتصل بنقاط البحث .

وقد خلصنا فى هذا البحث الى أن القانون خلق من عمل الارادة الشارعة لأعضاء الجماعة الدولية الذين يملكون هذه الارادة وهم يلتزمون بها استنادا الى ما تقضى به العدالة العقلية ، وأن العرف دليل مثبت للقانون وهو قد يثبت قواعد من النظام العام فيعلو على القواعد الاتفاقية التى تتضمنها المعاهدات ، وقد يثبت قواعد عادية فيتعادل عندئذ مع المعاهدة وتحكم العلاقة بينهما قاعدتا أن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض .

وقد يكون من المناسب أن نذكر هنا أن بعض الفقهاء (١) لا يتوقع نشوء قواعد عرفية جديدة الا فى نطاق ضيق وذلك استناداً الى عدم استقرار العلاقات الدولية فى عصرنا الحاضر حيث أن العرف لا يمكن أن يتطور أو يكون ذا قيمة استدلالية حية الا اذا تركزت علاقات الدول فى سلوك عام مقبول كقانون . ولكن هذه النظرة فى رأينا نظرة متشائمة أكثر من اللازم ذلك أن عدم الاستقرار الذى يقضى على القواعد العرفية بالجمود هو الذى يصل الى مرتبة التنافر ، ولا نعتقد أن العالم قد وصل الى هذه الدرجة فى العلاقات الدولية رغم ما تتسم به تلك العلاقات من خلافات جوهرية وما يعتورها من تناحر ، اذ لا زال قدر كبير من التعاون والتضامن مسيطراً على علاقات الدول فى النطاق الدولى .

وانا لنرجو أن يهدى الله الجماعة الدولية الى أقرب مما هى فيه رشداً وأن يقيض لها التوفيق والسداد فى طريق السلام الدولى حتى تنعم البشرية بالأمن والرخاء فى ظل أخوة صادقة ومحبة حقة ، فالله وحده هو مؤلف القلوب وعروته هى العروة الوثقى .

---

(١) شارل دى فيشر — نظريات وحقائق — المرجع السابق — ص ١٩١

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة ،
بمطبعة جامعة الاسكندرية ، فى يوم الاثنين
أول ربيع الآخر سنة ١٣٨١ هجرية ، الموافق
١١ سبتمبر سنة ١٩٦١

عبد الوارث محمد رضوان
مدير مطبعة جامعة الاسكندرية

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

9ème ANNÉE, 1959 — 1960
Nos. 3 et 4

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

1961